DOMINICI ARUMÆI FRISII J.U.D.

PROFESSORIS Pandectarum in Academia JENENSI PUBLICI, CURIÆ PROVINCIALIS, ET SCABINATUS ADSESSORIS,

DISPUTATIONES

Ad { Præcipuas Pandectarum & Codicis leges,
Consuetudines Feudales,
Quatuor Institutionum libros.

De quibus,

IPSO PRÆSIDE

In Florentissima Salana Nobiles, & Eruditi Juvenes dissertarunt.

ACCESSIT

Commentatio ad l. 2. C. de Rescind. vendit. Disputationibus quatuor exhibita,

Et Index rerum, & quæstionum locupletissimus.

16 

20.

JENÆ, Typis & sumptibus Johannis Beithmanni.

Illustribus, & Generosis Dominis,

Dn. CAROLO GUNTHERO,
Dn. LUDOVICO GUNTHERO,
Et
Dn. ALBERTO GUNTHERO,

Fratribus Germanis, Sacri Romani Imperii quatuor viris, Comitibus in Schwartzburg & Honstein, Dominis Arnstadii, Sondershusæ, Leutenbergæ, Lohræ, Clettenburgi, &c.

Dominis suis Clementibus, & Gratiosis,
S. P. D.

VErissimum esse, quod usus tritum fecit, Illustres, & Generosi Comites, Domini Clementes, & Gratiosi, optime cogitata pessimè non raro cadere; exemplo ju-

ris ejus, quod Justinianus posteritatis in memoriam derivatum voluit, exemplo patet; is enim ut maximè in hanc exsurrexerit curam, veterum resecando dubietates omnia in claritatis revocare lucem, tãtum tamen abest, ut mens constitutum attigerit scopum, ut etiam caliginis major excrevisse seges videatur; quod quia in propatulo est, ulteriore adserendum probatione haud erit (quâ enim alias de causa tot commentationum, opinionum, observationum, disputationum, &c. libri hominibus juris studiosis quotidie etiamnũ enascerentur?) quod etsi Justiniani vetitum incurrat, res tamen ipsa curam hanc non respuere videtur: Oedipus enim quamvis exoriatur alter, solitùsq; omnia plusquam millenis Argi oculis penetrare, non tamen marte suo sylvam juris Justinianei ingressus devia satis feliciter, præeuntem nisi, quem sequatur, habeat, evitare poterit, video labyrinthum non minore, quam Dedalus suum fecit, arte constructum, quo qui fidæ Ariadnes sine filo extricare se posse sperat, actum eum

age-

agere, utinam non plurimi suo exemplo sentiscerent; quod perspicientes omnium ætatum viri docti manuductionis non unam iniêre viam, quâ suos ad finem labore quam minimo perducerent: omnes sanè optatæ quietis portum collimasse perspicio, communiore tamen calculo per circulares conventus veri indagationem comprobasse invenio; acuunt enim ingenium, memoriam adjuvant, & plausibilem linguæ adferunt promtitudinem; quę sanè ut sunt magna, maximaque dixerim, ita à magnis viris curâ sedulâ eorundem exercitia in plerisq; Germaniæ Academiis servata cultaq; volumina tot disputationum in ora manusque hominum emissa testantur; quorum exemplo Illustrissimi Saxoniæ Principes, nutricii hujus Salanæ munificentissimi, clementissima voluntate in hac Celss. suarum legum nutrice non incelebri Disputationibus exerceri juventutem studiosam voluerunt, quo successu, meum (ne dum eum laudem, obliquè gloriolæ venari auram videar,) depredicare non est: testabuntur gratæ

ſubjectionis mente per univerſam Europam diffuſi, quos, diſputationis auſcultationisq; repenſantes gratiam, nunquam

Jenæ vixiſſe pigebit.

quorum dum numero mens grata ſe adſociatum cuperet; & clementiſſima nutricionum voluntate publicis & ordinariis diſputationibus præficeret; nihil unquam magis animum afficere meum potuit, quam debitæ gratitudinis ſubducendo calculum, id, quod à meis Præceptoribus profectum in fidei meæ concreditos cum fœnore derivarem, & res ſucceſſum hunc habuit, nam & Pandectas publicè diſputando abſolvi, dumque vice altera easdem repeterem, meque labores alii nonnunquam tardarent, placuit Facultati noſtræ Virum Ampliſſim. & Excellentiſſimum D. Samuelem Gechuſium J. U. D. Conſiliarium in Aula Vinarienſi Electoralem & Conſiſtorii Eccleſiaſtici præſidem digniſſimum, Compatrem, & mihi ut majorem honorandum conſenſu meo in locum meum ſubſtituere, cujus dum operas,

aula

ıſa ſibi depoſceret, ipſius vices ſuſtinen-
o easdem Wolffgangus Werther Mül-
fort J. U. D. curiæ provincialis Advoca-
ıs, compater meus chariſſimus ad umbi-
cum perduxit, interim & conſuetudi-
es feudales ordinario, & publico Col-
ːgio in methodum certam redegi, quan-
uam editio hæc præſens à priore longe
lia & veſtitu planè novo dotata in publi-
um prodeat; quibus jam quartûm editæ
Exercitationes Juſtinianææ, una cum
ommentatione ad l. 2. Cod. de Reſcind.
Vendit. accedunt, quæ quidem omnia
ıon eo conſilio à me primùm conſcripta
uêre, ut lucem & conſpectum hunc pu-
licum ferrent, ſed ſaltem ut collegæ de-
criptionis onere ſublevati temporario
nſervirent conflictui, verum cum & to-
ies reiterata ſit eorundem editio, & cla-
iſſimi tàm ſuperioris, quàm inferioris
Germaniæ JCti eadem allegationis hono-
e dignati ſint; paſſus ſum nunc demum
no hoc volumine imprimi, qui quidem
bor qualis & quantus ſit (tenuem exi-
mq; eſſe fateor) veſtro nomini honora-
tiſ-

tiſſimo Illuſtres, & Generoſi Comites, D. D.D. clementes, animo, quo par eſt, decetque, ſubjecto offertur, cum ut vos ſtudia & eorundem cultores fovere, tum, ut gratæ mentis publica ſignificatio, quâ vos familiam noſtram propenſione ſingulari proſequi lubens meritòque fateor, extaret; quæ ſi vobis ingrata non fuerit, gratam verò fore egregiè & laudabiliter apud nos exhibiti animi ſuadent, ad ſervitia majora me promptum, paratumq; efficietis. V. 1613. menſ. Januar.

V.V.V. Celſitudines
devotè colens

Dominicus Arumæus D.

DOMINICI ARUMÆI FRISII J. U. D. PROFESSORIS PUBLICI

AD

Præcipuas Pandect. & Cod. leges.

Disputatio Prima.

RESPONDENTE

EUSEBIO MENIO Wittembergensi.

Ad l. 3. ff. de Justit. & Jure.

THESIS I.

T*Estatur* M.T.Cicero, *nulla re propius ad DEUM homines accedere, quam salutem hominibus dando: consequens nimirum videtur, eum* improbâ *mente agi, qui cum homo creatus sit, alterius hominis vitæ studet insidiari. Unde hæc non lata sed nata lex est, ut vis vi propulsetur.*

L. 3. de Just. & Jur. l. 4. ff. ad l. Aquil Et sic defensionem Juris naturæ esse innuimus, quod confirmat *l. 1. §. cum arietes ff. si quadrup. pauper. fecisse dicatur*, ubi ex JCti distinctione liquet, eam brutis competere, à quibus Jus naturale arcessimus, nec quoq; alio fine leonibus robur, apibus aculei, tauris sponte nascentia cornua data sunt, quàm ut lacessiti in sui protectioně iis utantur, quodq; manifestius voluit JCtus in *l. 1. §. vim vi 27. ff. de vi & vi arm.* & Paulus ad Sabinum scripsit, vim vi repellere omnes leges omniaq; Jure permittunt, *l. scientiam. 45. §. qui cum aliter. 4. ff. ad l. Aquil.*

Si omnia Jura, ergò & naturale. *Contrarium* suadet *d.l.3.de Just. & Jur.* Ex qua Juri gentium ea asscribi potest, idq; primum ab ordine, qui indicat eam exempla Jurisgentium proponere, & à verbis, nam quæ est cognatio offensionem prohibens, hominũ non brutorum est.2.ex *l.C.unde vi*, quâ moderamen inculpatæ tutelæ sese tuentibus imponitur, & defensioni certi ponuntur limites, quos si exorbitet, non defensio sed offensio dicitur, sicque solos homines, aut hominũ Jura aut Gentium aut civilia respicit. Verùm nihil faciliùs est, quàm dare huic rei convenientem ordinẽ, Paul⁹ *in d.l.45 §.4.* ait, vim vi repellere licere, omnes leges omniaq; Jura permittunt, quod genericè propositum per omnes suas species derivari debet, defensio est Juris naturæ, respectu inclinationis, Jurisgentium, respectu moderaminis inculpatæ tutelæ, quod postmodum melius Jus civile explicavit, sicq; & Juris civilis defensio erit. *Anne & Iuris divini?* Et habet pars negativa, qui eam tuentur, à quibus & impietatis & iniquitatis natura, & prudentum hominum placita arguuntur. Contra quos stabit assertio nostra, & præstantissimorum Theologorum certissimus cõsensus, quodq; ne nudè sic statui credatur, argumentamur ex regulâ charitatis satis tritâ, quæ dictat, ab ea charitate, quâ diligimus nos ipsos auspicandum esse, quapropter cum non liceat alterum offendere, multò minus nos ipsos licebit, fit autem id nõ defendendo, deinde haud incognitum cuiquam est, omnibus natura insitum, ut vitam quisq; suam defensam & conservatam cupiat, qui ergò sibi mortem non defendẽdo consciscit, pugnat cum Deo, qui auctor naturæ est. Et ne in rationibus persistamus Exod 22. legitur, si effringens fur domum sive suffodiens inventus fuerit, & accepto vulnere mortuus fuerit, non erit percussor reus sanguinis, quod si pro rebus liceat (nec enim fur nisi ad furandum venit *c. perfodiens extr. de homicid.*) quantò magis id permissum erit pro defensione corporis, cum nulla sit rerum ad hominem proportio. Idem confirmatur *Exod.19.n.13.* Quin si illicita improbataq; propriæ salutis proponeretur defensio, non Apostoli Christum sequentes gladios gestassent. Et contrarium sentientes magnam probos offendendi malis hominibus occasionem præberent, nempe dum certi essent ab illis repelli non licere, ad instar hostium Macchabæorum, qui diebus Sabbathi

eos adoriebantur, arbitrantes tunc non licere illis cum hoste dimicare, quare decreverunt etiam illis diebus sese armis defendere. *1. Macchab. 2.* Consequenter quæri potest, *An qui minatur mortem, interfici possit?* N. 1. Quia non est in discrimine vitæ constitutus. 2. Quia metum præsentem accipimus. *l. 9. ff. quod met. caus. l. 9. C. eod.* 3. Quia potest cautionem de non offendendo petere. 4. Quia ut *Bald. in d. l. 9.* dicit, non verbis sed factis vis infertur. Quæritur, *An propter alapam interficere liceat? N. arg. l scientiam. §. qui cum aliter ff. ad l. Aquil. l. 5. ibi: metu mortis ff. eod.* Poteståque hæc injuria, ut & alia quævis, per magistratum vindicari.

II.

Ne autem propulsatio hæc, prout quisque vellet, institueretur, his circumscripta est limitibus. 1. Ut in continenti fiat non ex intervallo. 2. Ut non animo ulciscendi, sed injuriam propulsandi. 3. Ut paribus non etiam dissimilibus armis expediatur. Quod ultimum displicet.

Quia vis illata in continenti depellenda est, Paria autem arma in continenti parari nequeunt. *notat Cujac. in d. l. 3.* Imò stultum est, cum possis firmiorib. armis uti, iis abjectis in vitæ discrimen venire. Deinde nullibi hæc legum est distinctio, *d. l. 3. h. l. 2. C. de Sicar.* nec debet percussoris arbitrio permitti, quomodo aggressus se tueri debeat, [illegible] eret autem id concessâ armorum paritate, siquidem is si habeat pugionem, ut & alter pugione se defendat necesse est, quod sanè dicere, ne dum durũ sed absurdũ fuerit, quia aggressor ex proposito & benè instructus agit, aggressus verò perturbatus, & inopinato terrore perculsus, ut nõ possit de paritate cogitare, quod etiã tunc verũ arbitror, quãdo aggressus plurib. instructus armis invaditur, E. g. Titius Cajũ pugione adoritur, Cajus gladio & pugione cinctus, non pugione sed gladio Titiũ repellit, & rectè, Ratio jam recitata est, quoniã stultũ esset, certiore omissâ viâ pro vitæ defensione periculosiorem ingre-

di,& defensor propriæ salutis in nullo peccavit. *l.3.C.ad l.Cor.de Sicar.* Quæritur: *Si aggreßus fugere poßit, an teneatur?* Et non video, cur ipsum in conflictu tanto negotio obligaremus, tum quod melior est conditio ejus qui invaditur, quoniam injuriam patitur non infert, tum quod illo temporis articulo metus non sinit judicium liberum, deinde, vim vi repellere licet. *d.l.3.* ergo non fugâ, potest & per vias lubricas fugiens cadere, exemplo Nisi Virgiliani in 5. Æneid.

——— Feßiq; sub ipsum
Finem adventabant, levi cum sanguine Nisus
Labitur infelix.

atq; ita opprimi. Quin, si non fugere culpa sit, erit ea in omittendo saltem, at qui alium aggreditur, est in dolo, qui prævalet culpæ alterius. *l.item si obstetrix. ff.ad l. Aquil.* Unde & venientem ad se percussorem gladio repellere potest, *l.3.C.ad l. Corn.de Sicar.* & qui priori injuriæ non resistit, novam accersit, dum fugâ adversarium suum audaciorem reddit *Multò minùs tenetur primum ictũ expectare,* Quia is tam fortis esse potest, ut ex eo aggressus interimatur, itaque melius est in tempore prævenire, quàm post vulneratam causam remedia quærere. *l.fin.C.in quib.caus.in integr. restit.* ne aliàs contingeret quod *Cicero pro Milone scribit,* Ante ipsi injusta pœna luēda est quam eadē repeti posset, tractari quippè & citra occisionē potest, ut postmodū nulla ipsi sit defensionū facultas quod voluerunt leges ostendere, dum permittunt ad se venientem *l.3.C Sicar.* ferro se petētem. *l.5.ff.ad l.Aqu.* interficere.

III.

Hinc quæritur. Si quis moderamen hoc excesserit, an ordinariâ puniri debeat: Et magis est, ut arbitrio judicis puniâtur.

1.Quia delinquendi consilium ex proposito abest. Et per consequens cessabit pœna l.Corneliæ *l.1.§.fin.ff ad l.Corn.de Sicar.* 2 Quia mitius cum eo agēdum est, qui provocatus se ulcisci voluit *l. qui cum major. §.si libertus ff. de bon. libert. l. Imperatores. ff.ad l. Jul.de adult. l. Gracchus C. ad l.Jul.de adult. l.aut facta. §.causa ff.de pœn. l.si convitii C. de injur. l.2. C.de abolit. c.iratus. Et ibi glos.2.q.3.*

l.

l.quod calore.ff.de reg.jur. Faciunt huc quæ disputat *Aristot.5.Eth.8. Plato lib.3.de legib.* & ne res exemplis antiquitatis careat, *vid. Geil. 12.Noct. Artic.7. Valer.Max.8.memor.c.1.* Adde ex nostris *Menoch.2. arb.iud.quæst.cas.278.Boer.decis.168.n.17.Gail.2.obs.110.n.16. Covar. in clement si furiosus pag.3.§.un.n.3.Fach.1.contr.32.*

IV.

Quid? an pro defensione pudicitiæ rectè quis occiditur? Affirm.

1. Per *d.l.3.l.8.§.quod si dederit.ff. quod metus causa.* Quia hic militat eadem ratio quæ in corporis defensione. Nam ut vita semel amissa reparari nequit: Sic ut *Ovid. dixit.* Nulla reparabilis arte est. Læsa pudicitia. Unde *D.Hieron.in c.si Paulus 32.q.5.* Audēter, inquit, loquar, cum omnia possit Deus, suscitare virginem post ruinam non potest. *Cuj.ad Paul.5.sent.Geil.2.obs.110.n.5.*

V.

Quod communiter ad rerum quoq; defensionem extenditur.

1. Quia res sunt secundus hominis sanguis. 2. Quia leges permittunt possessionem armis defendere *l.1.C.und.vi l.3.§.cum igitur.ff.de vi & vi & arma.* Permittere idcircò censentur necessariam consequentiam, ut si sequatur homicidium, illud impunitũ remaneat *arg.l.2. de jurisd.3.per c.2.ibi te tuaq; de homicid.Bart & Jas. ad d.l.3.Covar.de loc.p.3.§.1.Clar.lib.5.Sent.§.homicidiũ n.25. Schurff. consil.ult.cen 3.* Quibus alii contradicunt. 1. Quia nulla est proportio inter hominem & res, *l.2.ff.de statu hominum l.justissimè ff.de ædil.edict.* 2. Quia vita hominis, nisi in continenti defendatur, semel amissa recuperari nequit: res verò ablatæ legitimis remediis repeti possunt 3. Per *c.si per fodiens.3.ibi quod ad furandum &c. Extra de homicid. Zoanet.p.1. n.40. Garz.ad d.l.3.n.26.Rectè.*

VI.

Circa defensionem aliarum personarum sic statuimus, ut quidem conjunctæ personæ defendi debeant, (a) Extraneæ verò ita

demum, si id sine propria vitæ incommodo fieri possit.(b)

(a) Ut sunt parentes, liberi, uxores, fratres, sorores, affinis & similes, quæ omnia colligere poteris *ex l. 1. §. item Divus. ff. ad l. Corn de Sicar. l. 1. l. amplius ff. de lib. caus. l. hi tamen. ff. de accus. l. aut affinitate l. sed & hic persona ff. de procur.*

(b) Quoniam teste Paulo, id tenetur quis alteri præstare, quod sibi non nocet, & alteri prodest. *l. 2. §. item varius, vers. quicquam ff. de aq. pluv. arc.* & signanter habet textus *in c. non inferenda 23. q. 3.* eum qui non repellit à socio injuriam, si possit, tàm esse in vitio quàm illum qui facit, Si verò absque vitæ periculo facere non possit, tùm quia propria charitas à seipso incipit, & nemo se in præsens periculum conjicere tenetur, *l. si pater 34. §. 1. ff. de donat.* contrarium statuendum est.

Ad l. non omnium ff. de LL.

VII.

Non omnium quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, inquit Julianus.

Atqui scire leges, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem *l. scire ff. de legib.* i. e. rationē, quoniam in ea vis omnis & legum potestas est. Nec enim alia de causa nos leges constringunt, quam quia rationabiles sunt, quapropter si quid errore receptum, deq; eo postmodum constiterit, ab errore ad rationis discrimen id revocari debet. *l. quid non ratione ff. de legib.* tanquam sc. lex nihil aliud sit, quàm recta ratio, *l. cum ratio ff. de bon. damn.* quod *Bald.* eleganter voluit, cujus dictū noto, dicebat ille, quod sicuti homo constat ex duplici parte; corpore visibili & invisibili animæ, ita lex ex duplici parte conflata est, corporeâ, & sunt verba legis, incorporeâ, & dicitur ratio legis, quod appositè nostri exceperunt; & communiter rationem legis esse animā pronunciarunt, *arg l. cum pater §. dulcissimis ff. de leg. 2. l. adigere §. quamvis ff. de jur. patron l. milites agrum ff. de reg. milit.* Ipsiq; fini, ad quem respexit legislator, inseparabiliter cohærentē, quæ ut verbis aut sententiā expressa sit, nisi noster deficiat intellectus, necesse est, si-

similiter esse non poterit, quin & ratio effulgeat, *Ant. Massa. l. 1. de exerc. Jurispr. n. 44.* Sunt hæc & alia quæ contra *Julianum* proferri possunt, & plura ab aliis producuntur, de explicatione cogitandum est, sunt qui verba admittant, corticem rei non attendentes. Nam & *Ulpian.* simile quid respondit in *l. prospexit ff qui & à quib. manumiss. & Cuj. 8. obs. 12.* haud ab illis alienus exemplum *Juliano* applicat *ex liberum. ff. de relig. & sumt. fun.* Verum prius de dicto *Juliani* dicendum, quod exaudio, omnium quidem rationem esse, at non omnium reddi à nobis posse, quæ diversa sunt, Lex cum fertur, certa extat, quæ legislatorem ad eam movet, quæq; etsi obscurior posteritati appareat, non propterea tamen quæstio prior infringitur. Quo posito *ad l. prospexit.* dico, aliud eã respexisse, & viri docti sunt, qui ejus rationem non incongruam reddunt, sicut apparet ex *Menoch c. 82. n. 15. de arbitr. judic. quæst.* sed ideo dura censetur, siquidem favor pro libertate magnus stabat, qui quidem favor libertatis *Æquitas* appellatur. §. *idem juris. Inst quib. ex caus. manum. non lic. d. tit. Inst. de donat. l. Papinianus. §. sed an libertatis ff. de inoff. test. l. inter pares. ff. de judic.* concurrebat verò & juris rigor scriptus, ex hac ratione profluens, quoniam accusatæ mulieris mores servis in agro vel provincia existentibus cogniti verosimiliter esse possunt, ut ex illis facilè conjici vel saltem suspicio nasci possit commissi deinde criminis. Notum autem est, æquitatis potius quàm stricti juris rationem habendam esse, *l. placuit. C. de judic* hacque ratione inspectâ dura lex dicitur, non tamen sine ratione, verbum enim durum juris rigorem significat, *l. nulla ibi: durior interpretatione ff. de legib. l. 2. de custod. reor.* qui tamen cum scriptus sit, quantumvis durior sit, attendi tamẽ omninò debet, quod attinet *l. liberum ff de relig. & sumt. fun.* de illa respondet & disputat. *Alber Gent. lib. 2. lection. & Epist. 3.*

Ad l. 31. ff. de LL.

VIII.

Quomodo illud accipiendum est, quod dicitur, Principem legibus solutum esse.

Omissis dictis *Cujac. 15. obs. 30. Donell. 1. com. 15. Coras. 2. misc. 23. Fach. 1. contr. 2.* sic probabiliter distinguendo res explicari potest: neq; *naturalibus*, neq; *gentium legibus* solutum esse Principem, *civili-*

libus omninò, si potestatem ejus respicias, non etiam si honestatem. Quò regula juris referri potest, Non omne quod licet, honestum est, Et versus ille Claudiani:

Non tibi quid liceat, sed quid fecisse decebit
Occurrat, mentemque domet respectus honesti.

Ad hanc potestatis & honestatis distinctionem respexit *Justin. in §. ult. Inst. quib. mod. testam. infirm.* licet, inquit, legibus soluti simus (sc. potestatem nostram exercentes) attamen legibus vivimus (sc. honestate nos cogente) Eo etiam spectant, *l. digna vox. C. de LL. l. 3. C. de testam. l. ex imperfecto. ff. de legat. 3.*

IX.

Tenebitur ergò Princeps, uti privatus, contractus servare.

1. Quia contractus omnes penè à jure gentium sunt introducti, *l. 5. de just. & jur.* quo jure ut homo cum reliquis æqualis habetur. 2. Quia justitiæ commutativæ proprium est nullum omninò respectum personarum habere*, sed æqualitatem in omnibus proportione Arithmetica observare. 3. Quia nisi Princeps ex contractu obligaretur, nemo, qui cum ipso contrahere vellet, inveniretur, atque ita qui omnium præsul est, constitueretur omnium exul. *Zas. add l. 31. n. 6. de LL.* quod de Principe dici non debet, *arg. l. hi qui §. quis etiam C. de Apostat.* 4. Quia contractus claudicare non debent, *l. Labeo, ibi, ultrò citroq́; ff. de V. S. l. 1. l. emptio. ff. de rescind. vendit.* Opponitur *l. donationes. C. de don. int. vir. & uxor.* ad quam vid. *Gregor. Lopez. 1. animadv. 35.*

Ad l. 23. ff. de LL.

X.

De consuetudine multa inquirũtur. 1. Quãto temporis spatio introducatur? R. decennio.

1. Quia intra illud tempus facilè de approbatione constare poterit. 2. Quia melius est certam habere regulam, quam judicis arbitrio illud permittere, cui ut *Arist. 1. Rhetor.* monuit, quàm minimum relinquendum erit. 3. Quia ad consuetudinem longum

gum tempus requiritur, ut patet ex inscriptione *tit ff. de ll. & long. consuet. & C. quæ sit long. cons.* quod decennio contentum est, §. *1. Inst. de usucapion l. penult. ff. de prætor. stipul.* Non obstat, quod variè hac de re leges loquantur, quia varietas hæc ex aliis certissimis locis dijudicatur. Quin imò cum nigrum, ut *Dd.* dicunt, juxta suum rubrum interpretari debeamus, necessum erit *l. sed ea ff de ll l. 1. l. 2. C. quæ sit long. consuet.* utpote inscriptioni titulorum de longa cõsuetudine certissimæ subjectas, juxta eam interpretari. 2 Opp. consuetudo est jus corporale. Juri autem incorporali non nisi 30. ann. præscribitur. Ergò R. *Angel. ad §. ex non scripto n 7. Inst, de jur. nat gent. & civil. Gravet, de antiq temp p. 4. n 7.*

XI.

Non tamen duæ consimiles in eodem litis genere sententiæ consuetudinem faciunt.

1. Quia consuetudo à rebus judicatis distinguitur in *l. 38. ff. d. ll.* 2 Quia de tacito consensu populi constare debet, *l. 32. in fi. ff. de ll.* 3. Quia rerum judicatarum auctoritatem sequitur judex saltem in casibus dubiis (aliàs enim non exemplis, sed legibus judicandum erit, *l. nemo 13. C. de sent. & interloc. omn. jud.*) consuetudinem etiam in certis *d. l. 32. & seqq.* 4 Quia judex non inducit, sed in dubio consuetudinem declarat, ut in simili dicimus, sententia judicis servitutem declarat, non constituit, *l. sicut 8. §. & quidem ff. si serv. vind.* Opp. *l. 3. C. de Episc. aud.* Ad quam vide *Cujac. 20. obs. 1.*

XII.

An consuetudo legem abroget?

Hac de re agunt *Connan. 1. comm. 10. n. 9. Revard. de auctor. prudent. c. ult. Duar. 2. Disp. 32. Donel. 1. com. 10. Lopez. 1. animadvers. 5. Cujac. 2. feudor, tit. 1. Forcat. de occult. jurispr. 1. n. 53. Sonsbec p. 1. n. 2. de feud. Pac. ἐναντ. 14.* Ego non dubito, quin lex consuetudine abrogari possit. *l. 32. ibi, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. ff. de ll.* quod negat *l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Sed facilis ad eam erit responsio, si consideraveris in codice singulas leges ad speciem propositã relatas esse. Ergò *Constantinus Imp.* à Proculo consultus. Num consuetudo loci in

quo vivebat, putà legitimam liberis auferens, valeat? Respõdet Imp. magnam quidem consuetudinis auctoritatem esse, non tamen posse aut debere rationem vincere, aut legem. Quæ verba argumento sunt certissimo. Imp. non de quavis cõsuetudine loqui, sed ea tantum quę rationi, aut legi ea constanti contraria est de qua & *Celsi* definitio est in *l. 39. ff. de ll.* ut scilicet ea non modo non vincat legẽ, sed in similibus aliis casibus effectu destituatur.

Ad l. 7. ff. de stat. homin.

XIII.

Qui in utero sunt pro jam natis, quoties de commodis ipsorum agitur, habentur, quod fictione fieri adfirmant communiter. Malè.

1. Quia fictio non debet plus operari quàm veritas. Sed qui verè nascitur, ad utramq; fortunam nascitur, nempe ad cõmoda. 2. Fictio imitatur naturam, *§. minorem Inst. de adopt.* Sed nasci quem ad comoda tantum, est contra naturæ institutum, cum regula naturalis sit, eum debere sequi incommoda, quem sequuntur commoda. Quid ergò? Prærogativa quadam hoc eis indultum dicimus, & causam prærogativæ ex maturo parentum fato deducimus, ut quibus novisse parentes datum non est, & tristem simul ac nascuntur lucem adspiciunt, eo licet infausto fruantur beneficio, ne aliàs & cum parentibus simul luctuosa cogantur carere hæreditate.

Ad l. 14. ff. eod.

XIV.

Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur.

d. l. 14. l. 3. in fin. C. de post hared. inst. contrarium videtur innui *l. 135. ff. de V. S.* Sed nihil facilius harum legum conciliatione est. Jus liberorum (inquit *Paul. 4. Sentent. 9. in fin.*) mater habet, quæ tres filios aut habet, aut habuit, vel Principis beneficio consecuta est. Cui inter cætera illud tributum est ex Sc̃to *Tertulliano*, cujus auctor fuit *D. Pius*, ut filio succedat. Quæritur ergò si monstrosum aut prodigiosum quid enixa sit, an ipsi jus triũ liberum

com-

competat. Neg. d. loc. *Paul.* cujus sententia à Triboniano in *d. l. 14.* relata est, ut argumẽto certissimo inscriptio ejus est, quod nõ impugnat *d. l. 135. de V. S.* sed ad evitandas legis Juliæ & Papiæ pœnas (orbas enim semisse eorum, quæ in testamentis relinquuntur, mulctat auctore *Cujac. ad Paul. de loc.*) matri prodesse statuit. Cur tàm variè? Quia plus favendum est de damno vitando certanti, quàm lucrum adfectanti, *l. ult. §. fin verò. C. de jur. de lib.* ideò cum mater ex *Tertulliano* succedendo lucrum captet, ex l. verò *Julia & Papia* damnum vitet, verò consentaneum fuit hoc magis, quàm illo casu ipsi favendum esse.

Ad l. ult. ff. de his qui sunt sui vel alien.

XV.

Inviti filii naturales, vel emancipati, non rediguntur in patriam potestatem.

Verba sunt *d. l. ult.* quæ nonnihil immutantur à *Connan. 2. com. 16.* nam pro particula VEL substituit SEMEL, propterea quòd aliàs verbum Rediguntur minus aptè ad naturales filios referatur, cum illi nunquam in potestate fuerint. Quòd falsè ridet *Cujac. 10. observ. 23.* & significationem verbi redigi non ineptè ad naturales extendi comprobat *l. ult. ff. de adopt*, quod placet, & ratio, ne quis invitus alterius potestati subjiciatur, tàm in filio naturali (vid. *Mercer. 2. opin. 7.*) quàm emancipato obtinet.

Ad l. 23. in fin. ff. de adopt.

XVI.

Vitricus privignum suum adoptare potest.

Hac in re pugnare videtur *l. nec ei. 17. ff. de adopt. cum l. nonnunquam 23 eod.* inquit *Cujac. 2. observ. 38.* Verum ut arbitror, nulla est pugnantia. Siquidem thematis propositi generalitas in *pr. d. l. 17.* coarctatur mox in *§. 1. seq. in vers.* vel sanctissima affectione &c. quæ in vitrico tutore præsumitur *d. l. 32. eod.*

Ad l. ult. ff. de rer. divis.

XVII.

Pœna transcendentis muros municipiorum etiam capitalis est.

1. Quia § *sanctæ. Inst. de rer. divis.* loquitur generaliter. 2. Quia cives Romanos alia quàm per portas egredi non licet, *d. l. ult. ff. de rer. divis.* At non solùm Romæ, verùm etiam in municipiis viventes cives Romani sunt, *l. in orbe 17. ff. de stat. hom.* 3. Quia & municipiorum muri sancti sunt, *l. 8. §. fin. ff. de rer. divis.* quæ ratio capitalis pœnæ est in *d. §. sanctæ Inst. de rer. divis.* ad quem tamen *Schneid.* & alii id negarunt, vid. l. *desertorem §. nec non ff. de re milit.*

Ad l. unic. §. consules 2. ff. de offic. Consul.

XVIII.

Consul apud se manumittere potest, etiamsi evenerit, ut minor 20. annis sit.

l si rogatus 20. fin. ff. de manum. vind. nam apud eum cui par imperium est manumittere non possumus, *l apud eum 14. ff. de manumiss. l. an manumittere 5. ff. de manum vind. l si consul. 3. ff de adopt. l. 2. ff de offic præsid* quibus adversari putatur *d. l. unic. §. Consules. 2. ff. de offic. Consul.* Verùm dicerem superiorum locorum explanationem ea contineri. Potest manumittere apud se minor consul dummodo apud Collegam suum prius causam manumissionis probaverit, *ll. eadem lege. Inst. qui & quib. ex caus manum. non poss.* qua probata, potest, inquit *d. §. Consules.* hoc est, non apud Collegam, quia æquale cum ipso imperium habet, *l. 18. §. 1. ff de manumiss. vind.* Sed apud seipsum, *Cujac. 7. obs. 17. & 18. obs. 38. Gilb. Reg. 1. ἐναντ. 29. Ravard. c. 13. Protribun. Pac. 1. ἐναντ. 41.*

Ad d. l. unic. §. Consules.

XIX.

Quomodo autem minor 20. annis Consul esse poterit?

Disertè enim scriptum est in *l. ad rempublicam ff de mu. & honor.* ad rempub. admnistrandam ante 25. annum vel honores admitti non oportere, atqui *d. l. unic. §. Consules ut & l. quidam 57. ff. de re judic.* (vid. Zas. 2. intell. 22.) argumento sunt certissimo, etjam minores 20 annis ad consulatum evectos fuisse. Quod nominatim de *Commodo* in ejus vita refert *Lamprid.* Et pluribus cõprobari posset. Ideo dicimus *d. l. ad rempublicam*, intelligendam esse

esse de magistratibus municipalibus, *l. non tantum 11. ff. de decurion.* idq; ex eo, quod consulatui non modo 25. sed 43. anni, teste *Cuj. 17. obs. 43.* præstitui fuerint. Sed postquam Principes imperium ad se transtulere, & magistratus Romæ mandare incæperint *l. 1. ff. ad l. Jul. de ambit.* non ætas sed voluntas eorum spectari cæpit, *d. l. quidem 57.* Et hinc nunc superiorum facilis erit intellectus.

Ad l. unic. vers. sane crebrior. ff. de offic. Quæst.

XX.

In casibus jure non decisis standum est communi opinioni.

1. Quoniam veritas à pluribus rectius, quàm à paucis perspici potest, *arg. l. ult. C. de fideicommiss.* 2. Quia expedit Reipub. jus certum habere, in quo alias per rerum naturam desideratur prudentum interpretatio, *l. 2. §. 5. ff. de orig. Iur.* 3. Quia hoc veteres fecisse colligimus ex *d. l. unic. vers.* sanè crebrior, *si quando 17. §. ibi,* omnes Juris periti *ff. si servit. vind. l. in substitutione. 31. §. fin. ibi, nam ita prudentes hoc interpretati sunt ff de vulg. & pup. subst. l. 12. §. 27. ibi quam sententiam quotidie & c. ff. de instr. vel instrum. leg. Bart. & alii in L. 2. C. de pœn. jud. qui mal. jud.*

Ad l. Barbarius 3. ff. de offic. Prætor.

XXI.

An gesta à servo Barbario valere debeant?

Huic quæstioni viam sternit illud, *An Barbarius Philippus* Prætor fuerit. Si enim illud côcesseris, ignobilis planè erit dubitatio, an gesta actavè ab illo valeant, atquin constat, servum jure civili ita planè nec Prætorem esse posse, ut ne quidem minimum civilium actuum expedire queat, *l. quod attinet. 32. ff. de Reg. Jur.* quocircà hac de re nec puto vel *Pompon.* vel *Ulpian.* dubitasse. De hoc, facilè plurimi côncedunt. de illo non itidem, quasi is existimaverit, nihil ei servitutem obfuisse, quo minus Prætor fuerit, *d. l. Barbarius.* Sed præterquam quod verborum istorum. QUA SI PRAETOR NON FUERIT, sensus id non patitur (dissent *Hottom. ill q. 17.*) neq; proposita Pomponio quæstio id admittit, quæ fuit, *An barbario prætori designato servitus obstitit* (quod voluit

Robert. 1. rec. lect. ult.) ad quam respondet, nihil ei obstitisse, quasi eo solo prætor nec fuerit, nec esse potuerit. *Atqui verum est* (juxta Florent. lectionem) *pratura eum functum, inquit Ulpian.* hoc est, nō saltem suffragiis populi electus, & præconis voce declaratus est, verum re ipsa magistratum inivit; ejusq; insignia adsumpsit. *Et tamen videamus, si servus quamdiu latuit, dignitate pratoria functus sit* (dissent. *Cuj. 18. obs. 33. Contr. 1. disp. 2.*) hoc est, inquiremus an dum populus ejus cōditionem nescivit sic dignitate prætoria functus sit, ut verè Prætor fuisse dici possit? quod ipsum *Ulpian.* ut sequentia ostendunt, negat, idque argumento ex causa (Sic enim ponenda est ratio *Ulp.*) ad effectum ducto. Si prætor non fuit, quæ edixit (juxta Floren. lectionem,) quæ decrevit, nullius erunt momenti. At quomodo servum Prætorem fuisse dicemus *L. 14. §. non autem. ff. de judic.* an quia populus erravit? Verùm errantis in eo, in quo errat, nulla voluntas est. *L. si per errorem. 15. ff. de Jurudict.* vel quia si populus scisset, eum procul dubio libertate donasset? nec hoc quicquam, quia populus putavit eum liberum, atque ita planè de libertate non cogitavit. Quinimò si scisset, forsan ipsum exultantem, & magistratu lascivientem ex adverso toga prehendens (ut refert à domino ipsius factum esse *Suidas*) in pristinum dedisset. Atque ita de stricto jure omninò dicendum esset: verùm quia publica utilitas exigit, & omnium civium; qui apud eum egerunt, ne lites jurisdictione ipsius consopitæ resuscitentur, humanius id arbitratus est *Ulpian.* ut quæ *dando, dicendo* vel *addicendo* constituit, non reprobentur.

Ad eand. l. Barbarius.

XXII.

Communis error jus nonfacit.

Quia omne jus ex consensu oritur, qui vel expressus vel tacitus est. Nihil autem consensui tàm contrarium est quàm error. *d. l. si per errorem. 15. ff. de Jurid.* Pessimè vero contrarium communiter *Dd* ex *d. l. Barbarius.* collegerunt; non enim illa, quæ gessit Barbarius, valent ex eo, quod errore communi pro libero homine habitus sit, sed quia utilitas publica id exigebat. 2. Oppon. *§. sed cum Inst. de testam. ord.* quem excutit. *Vult. in tract. de caus. jur. conf.* 3. Oppon. *l. 3. in fin. ff. de suppell. leg.* ad quam respondet *Gutbert. memor. quest. 10. c. 9.* Ad

Ad l.2.de offic.proconsul.

XXIII.

An apud legatum Proconsulis possit manumitti?

Quæstio hæc exercuit Clariss. Gallorum *Cujac. ac Robert.* ingenia, quorum ille, quod proponitur, negat motus in eam sententiam eo, quod *Ulpian.* scripsit, quia apud eum non est legis actio, in *l.3.ff.d.offic procons.* eamq; consequenter non ex mandato magistratus, sed ex lege habet, *l apud præfectum. 21. ff. d. manum vindict.* Et ex lege quoque eam non habere legatum aperte definit *l.2.in fin.ff.de offic.proconsul* Robert, econtrà communem defensurus *Cujac.* refellit, (vide eundem *1. animadv. & Notat. ad animad.1.c.21.*) quæque & certior, veriorq; nobis videtur, adjuti argumento non dissimili, quoniam legatus mandata jurisdictione tutores dare potest, *l.penult ff.de offic.proconsul.* ratio diversitatis nulla est, & enervans prius argumentum *Cujac.* quia apud hūc legatum est legis actio, ut det tutores, cur non igitur, & apud eū manumitti potest? nec aliquod subsidium quæsieris ex eo, quod speciali jure id ipsi concessum sit *l.1.§.an autem.ff.de susp.tut.* Nam & id de manumissione ex eodem textu contendimus, *mandata jurisdictione*, inquit ICtus, *totum officium juris dicendi ad eum transit d.§. an autē* Cur non igitur & manumittendi jus? & ne in hisce cōsistamus, notamus id quod *Pompon.l.X.ad Q. Mutium* scripsit. Legati proconsulis nihil proprium habent, nisi à proconsule eis mandata sit jurisdictio, Ergo quando mandata ipsis jurisdictio est, totum proprium habent. Et consequenter jure suo, jure proprio utuntur, cujus vi quin manumitti apud ipsos possit, nec est: nec dabitur ratio, dubitabitq; nullus, qui penitus consideraverit id, ꝙ nunc diximus argumentū, de jure proprio, multosq; hic tenet error, eum mandata non propria jurisdictione niti, nō sic: *post hac ingressus provinciam, mandare jurisdictionem suam legato debet*, inquit ICtus in *l.4.§.final.d.offic.proconsul.* Quod verbum necessitatis esse scimus, statque non tamen per se, & ex legati arbitrio, sed exsuscitetur quasi oportet per mandatum Proconsulis, à quo non datur, sed quæ antea legato concessa est legibus, à Proconsule expergiscitur, *d. l. 1. §. an autem. ff. de suspect.*

tutor.

tutor. d.l.§ final l.11 & l.13. ff. de offic. Proconsul. idque latius comprobat *Alberic.Gentil.1.lection.& Epistol 9.* Et ex eo hanc infallibilem nectimus consequentiam, propriam tenet legatus jurisdictionem, Ergo & apud eum manumitti potest, quodq; etsi jam per suas rationes demonstratum sit, urgẽtius ostendetur, si id, quod hac de re agens *Paul.* statuit, notemus, apud Proconsulem postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus, sed & apud legatum ejus manumittere possumus, ex quo provinciam ingressus est, *l.17.ff. de manumit. vindict.* quo responso consopita videri omnis quæstio posset, ni *Cujac.* ei ex libris veteribus negativam, quæ nos retardaret, addidisset, sic enim is legit: *Sed & apud legatum ejus manumittere non possumus*, idque rectam rationem, eamq; quam superius recitavi exposcere, arbitratur, de rationibus jam dicam, si prius, quid *Robert.* de correctione sentiat, proposuero, isque ut correctionem convellat particulas illas SED ET, à quibus initium ducit, considerat, quas constat conjunctivas esse eademq; cum superioribus subiici significate, notatio vera est, & *Cujac.* idoneum locum nullum quo sensum suum, *Sed & apud legatum ejus manumittere non possumus*, hoc est *sed non ut apud eum, & apud legatum ejus manumittere possumus* cõprobat adducit. De rationibus *Cujac.* facilis est responsio, & prior nunc per superiora corruit, & distinctione. *l.4.§.final.d offic. Proconsul.* planius constat, con[illegible]sque haud gravatim, non habere legatum Proconsulis jurisdictionem talem, non itidem legis actionem antequam Proconsul provinciam ingrediatur, quo de casu *d.l.2.& l. 3.d.offic.Proconsul.* agunt. quod demonstrare non in difficili est, quæstio hæc est, *d.l.2.* An Proconsul urbem egressus habeat jurisdictionem? Resp. ICtus voluntatem habere non contentiosam, subjicitur de legato, an & is eandem habeat, negatur, casu scilicet eo, de quo loquitur ICtus, cum nondum Proconsul provinciam ingressus est, quare si provinciam ingressus sit, hoc enim omninò postulat *d.l.17.* eam habebit,

Ad l.illicitas §. veritas. ff.de offic.Præsid.

XXVI.

Judex secundum conscientiam, non secundum acta & probata judicabit.

Crassius

Crassius si quæreretur, *utrum secundum veritatem, an potius mendacium judicare debeat?* nemo tàm crassi spiritus esset, quin utique omisso mendacio, viam veritatis ingredi velit, at illud ipsum eodem sensu quærimus, verbis saltem aliis, nunc adi nostros, qui non tàm quid verbis, quàm quid sensu expressum est; inspiciendum docent, *l.6.V.S.* nec levis hujus sententiæ probatio est in *l. illicitas §. veritas ff. de offic. Præsid.* adde; inducta ad unum effectum, non debent contrarium ejus operari. *l. quod favorem C. de legib.* Actorum autem observatio inducta est, ut constet de veritate *l.3. ff. de Testib. l.4. C. eod. l. judices C. de judic. l. 2. de edend.* Qua itaque ratione statuemus, acta ad opprimendam veritatem? quod fit, si falsa acta contra conscientiam arripiamus. 2. Spretis mediis repugnantibus finis unus est inspiciendus si adsit juxta quem judicemus, *l. emancipatum. in fin. ff. de Senator.* Spretis igitur actis, quæ media ad veritatem sunt, pro veritate quam habemus, pronuntiabimus. 3. Judici probandum est non adversario, cui nunquam satisfieret, *l. quinquaginta in fin. ff. de probat.* undè & probationes dicuntur arbitrariæ, & pendere ab arbitrio judicis, *l. 3. §. hi magi §. de Testib.* Jam quid rectius potest judex cognoscendo, aut disceptando intelligere, quam quod scit verum esse, hoc enim probandi modum omnem superat *l. minor. 25. ann. ff. de minor. c. dilecti de appell.* Ergo si dicimus judicem non debere conscientiam sequi sed acta; in effectu nihil aliud dicimus quàm judici non esse probandam veritatem, sed satis esse, si utcunque actorum falsa & impertinens materia exhibeatur, quo quid àbsurdius? (Diss. *Cujac. 12. observat 19. Covar. 1. resol. 1 Bart. Costal. & Dd. ad d. l. illicitas §. veritas*) quinimo & infinitis Pandectarum locis judex secundum suam relligionem, secundum quod sibi visum fuerit, *l. eum quem 79. ff. de judic.* ex animi sui sententia *l. 3 ff. de Testib.* secundum arbitrium, *l. 1 ad § 5. ei m Turpil. l. 15. ff. ad municip.* judicare jubetur, quæ loca nihil aliud volunt, quàm conscientiam arte boni & æqui instructam judici sequendam esse (quod voluit *Coras. 4 miscell. 20. Hottom ill. q. 27. & alii*) ad contraria responsum est à nobis in exercitationibus Justinian. *disp. 20. q. 3.*

Ad d. §. illicitas.

XVV.

Quid si autem judicis personam deponere velit?

Sunt qui hoc ipsi concedant,nam & *Gellius* alibi *lib.14.c.2.* in specie non dissimili sibi N.L.pronunciavit, facietq; cum cõmodo Rei,si testis personam adsumpserit,deque eiusdem innocentia vel malitia testimonium apud iudicem dixerit. Quorum tamen sententia vera non est, siquidem iure satis aperto provisum est, eum, qui insignia alicuius artis vel officii habet,teneri, quantumvis invitus id faciat, operam suam in eo præbere postulantibus *l.1.& ibid Bart. ff.furt.adverf.naut. Bald. in L. filiusfamil.§. injectus. ff.d.procur.* Idque de iudice expressum putari debet.*l.unic.Cod.ut quæ desf advoc.cum simil.* Non autem id facit, si iudicis officium deponat. Et quo colore deponet·An quia ipsi non liquet?*l.Pomponius ff.de re jud.*at sic mentitur nam causam,quam nos tractamus, probe cognitam perspectãque habet, *Aut igitur judicabit. aut mentietur. Hoc vero erit à judice alienissimum.Ergo.* De testimonio quod dicitur, lugubre remedium dixerit *Vasq.14.illust. contr.* quid enim judex testis unicus faciet contra tres pluresvè alios, de nocentia vel innocentia rei aliter deponentes?

DISPU-

DISPUTATIO SECUNDA.

LUDOLPHO à Wintheim Hannoverano Sax.

AD

L. 3. de Jurisdictione.

THESIS I.

Quid est Jurisdictio? quid Imperium?

In ſpinoſa hac iuriſdictionis materia quicquid propemodum erratum eſt à noſtris, ex ignorantiâ verarum *definitionum & diviſionum* profluxit, quas nos hîc inquiremus, *quæ in re primum exiſtimamus* rectè à noſtris traditum eſſe *Jurudictionis vocabulum interdum in genere, interdum in ſpecie ſumi*, idque ad exemplum adoptionis, *l. 1. de adoptionib.* cognationis *l. 10. §. 4. de gradibus.* depoſiti, *l. 1. depoſiti* & ſimilium. Generaliter accipitur pro omni cognitione, pronunciatione, decreto in quacunque cauſa, ſive ea civilis ſit, ſive criminalis, quo ſenſu non diſtinguitur ab imperio, ut argumento eſt certiſſimo *l. 1. ff. de off. ejus cui mand.* ubi ICtus de Jurisdictione, quæ ſpecialiter lege defertur, & mandari nequit, agit, quod de mero imperio ut generalis iuriſdictionis ſpecie exaudiamus neceſſe eſt, ne aliàs in textus maniféſtiſſimos impingamus, qui iuriſdictionem mandari poſſe volunt, *l. 2 l. 17. l. 16. ff de iurid.* neque his officit oppoſitio *Georg. Obrechti*: Imperium ſcil. & iuriſdictionem ſæpiſſimè in legibus confundi, quoniam confuſio hæc, fit non ut diſcretorum aut ſeparatorum, ſed ut generis & ſpeciei, quod non ſolùm in iuris diſciplina, ſed & in aliis frequētiſſimum eſt. In ſpeciali ſignificatione accepta iuriſdictio ab imperio ſciungitur, *d. l. 3. jurid.* & iuriſdictioni in genere acceptæ, ut ſpecies generi, ſubiicitur. Dividi-

 tur

tur ergò jurisdictio in imperium & jurisdictioné, quã vulgò Dd simplicem dicunt quod *Cujac.* displicet *21. obs. 30.* quia (inquit) nulla est jurisdictio simplex, vel nuda sine imperio, cujus vi ad effectũ perducatur, quo principio proposito (inquit *Anton. Faber. 4. coniectur. 4.*) fieri non potest, ut quicquam in hoc tractatu intelligamus, & ut sententiæ *Cujacianæ* vitium appareat in hunc modum arguit. *Heu à Suerin. 6. repetit lection.* Mixtum imperium est, cui jurisdictio inest, *l. 3. ff. h. t.* At si quid inesse aut contineri in re aliqua volumus dicere, id certè intelligimus quid eam rem, cui inesse dicimus, aliud esse, veluti cum pacta in continenti adjecta contractibus inesse dicimus, omnes vidét, animoq; discernunt ipsam substantiam pactorum in se consideratorum à contractu, cui adjiciuntur, aliam esse. *Cujacium* fefellit amica & conspirans & jurisdictionis & mixti imperii conjunctio, nã quæ uno in loco mixto imperio tribuuntur, alio rursum jurisdictioni, ut judicis dandi licentia jurisdictioni adscribitur, *in d. l. 3. h. t* eadẽ è diverso imperio tribuitur, *in l. cum prat. r 12. § 1. de judic.* sic missio in bonorum possessionem mixti imperii esse dicitur, *in l 3. l. 4. ff. h. t* E contrario jurisdictionis esse perhibetur, *L. 4. §. duas ergo res. 3 l prætor. ait. 7. in pr. ff de damno infecto.* Quæ omnia sic rectè dicuntur & dici debent, si Pauli illud verum esse velimus, jurisdictionem sine modica coërcitione nullam esse, *l. ult. ff de off. e, us cui mand.* nemo n jurisdictionem habet, qui non idem mixtum imperium habeat, ne alioquin jurisdictio elusoria & inanis deficiẽte executione reddatur, non tamen hinc proba erit *Cujacii* collectio, ergò jurisdictio & imperium unum & idem est. Exemplo animæ & corporis, quæ in homine sunt conjuncta, & quidem usq; adeò, ut alterum alterius auxilio ad hominis conservationé egeat, nemo tamen dicet, animam & corpus unum & idem esse. Sic etiam mixtũ imperiũ ex jurisdictione & imperio cõpositũ est Neq; tamen inde sequetur, jurisdictionem & imperiũ idem esse. Coadunatio hæc sive junctura non est in ipsa *jurisdictionis & imperii* substantia seu natura. Neq; enim id patitur *d. l. 3. h. t.* Quæ enim imperii sunt, sic sunt & manent imperii, ut illa nunquam jurisdictionis fieri possint & è converso, quæ iurisdictionis sunt, ita perpetuò iurisdictionis manent, ut nunquam imperii fiant, verũ in *personis* Imperium vel iurisdictionem exercentibus, ea apparet, cui-

cuicunq; n. imperium dederis, eidem ut jurisdictionem tāquam necessarium antecedens, quo vires suas exercere possit imperiū, permittas necesse est, sic per contrarium, jurisdictionem, notionem nimirū cui concedis, nihil planè concedere videris, si notionis executionem ei adimas, *l. ult. ff. de off. ejus cui mand.* & hoc est quod *Jabolenus* ait: Cui jurisdictio data est: ea quoq; concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari nequit *l. 2. de jurisdict.* Ex his ergò manet *jurisdictionem simpl. lem esse*, quæ qualis sit videamus, quod commode fiet, si *Ulpianum* secuti, primum videamus, quid *merum*, quid *mixtum* imperium sit. Ergò quòd anteà dictum est, hoc loco repetamus, *Jurisdictionem* videlicet in *imperium & jurisdictionem simplicem* dividi: *Imperium* nobis erit potestas publica, cui parere necesse est, quod rursum in *merū & mixtū* abit definitur utrumq; *in d. l. 3.* non exactè sed τυπωδῶς per exempla, exactiùs *merum* imperium definiri potest, gravioris facinoris animadversio, *Govean. ad d. l. 3. n. 1. h. t.* Et pro varietate facinorum, varia habet genera, quædam enim *gladio*, quædam *metallo*, quædam *deportatione*, quædam *verberibus* coërcentur, ut rectè *Cujac.* dixerit, non solius gladii limitibus illud circumscribi, redarguuntur & exhinc illi erroris qui statuunt *criminalem jurisdictionem aliam esse, à mero imperio*, quorum levis pro hac sententiâ argumentatio est *Consules, pratores & similes magistratus, merum imperium non habuerunt. Et tamen cognitionem causarum criminalium*, quoniam in eo argumento nimis angustè consideratur merum imperium, quod, ut diximus, in omni graviore animadversione consistit, & cum solius legis beneficio concedatur, *l. 1. de off. ejus, cui*, non mirum videri debet, si partem ejus concessam nonnullis, integram aliis reperiamus, argumento ejus quod de præside dicitur, *in l. 6. §. 8. ff. de off. præsid. l. 6. §. 1. ff. de interd. & relegat. l. 1. quando appell. sit l. 6. §. eius qui ff. de injust. rupt. irr facto test.* Ex quo fundamento & illud dependet, *hoc imperium mandari aut legari non posse*, *l. nemo potest, ff. de reg jur.* excipitur exercitio de vi in casu absentiæ, *l. 1. in prior ff. de off. ejus cui.* *Mixtum* imperium est levioris seu modicæ coërcitionis potestas, & quodlibet civile decretum seu jussum continens, *d. l. 3. l. 4. h. t. l. ea. quæ 26. ff. ad Municipal.* cujus duo proponuntur *in d. l. 3.* exempla, unum quod consistit in danda bonorum possessione, alterum in judicis dādi

licentia, utrumque à nonnullis in dubium vocatur, & quidem *in bonorum possessionem missio jurisdictioni adscribitur ab Ant. Fabro. 4. conject.* 4. & ante eum à *Longovall. ad l. 3. h. t.* putant illud rationem juris exigere, quoniā cum Prætor mittit in bonorum possessionem, non coercet, nihil autem illi ad hoc imperium pertinere volunt, nisi quod in modica coërcitione consistit, dignum mehercule objectum, cujus causa vadimonium deseratur, modò ad superiorem definitionē adaptetur. Et sit hoc pro recta & vera lectione, *d. l. 3.* Magistratus municipalis habet ea quæ sunt jurisdictionis omnia At in possessionem bonorum mittere non potest. *l. ea quæ 26. ff. ad Municipal.* Et per consequens bonorum possessio non jurisdictionis, sed mixti imperii erit, quod confirmat, *l. 4. ff h. t. Judicis dandi licentiam quod attinet*, arbitrantur nonnulli ab *Ulp.* jurisdictioni eam attribui, quod non placet, quoniam jurisdictio est notio jure magistratus competens, verùm judicis dandi licentia non in cognitione aut dijudicatione cōsistit, quin imò potius ideò prætor judicem dat, ut ipse dijudicandi necessitate liberetur, *l. 2. C. de pedan. jud.* quod ipsum satis clarè probat *l. 12. §. 1. de judic* atqui jurisdictioni tribuitur *in d. l. 3.* nec sanè negari illud potest tribui, sed quo modo tribuatur, videndum erit, si jurisdictioni per se cōsideratæ eam tribui dixeris, res cogit nos fateri, malè à nobis eam imperio mixto tribui, atqui non per se sed quatenus permixta est imperio eo in loco jurisdictioni adscribitur, quam sententiam probat *d. l. 3.* particula Etiam, quasi diceret, ut imperium, quod jurisdictioni permixtum est, cōsistit in danda bonorum possessione, ita etiam jurisdictio hæc imperio permixta consistit in dandi judicis licentia. *Ex his & facilis discriminatio mixti imperii, & jurisdictionis colligitur.* Imperium in nō cognoscendo consistit, sed in cognitionis executione. Sententiā cognitis hinc inde partium juribus ferre, ad eum spectat, qui jurisdictionem habet, & id quidem elusoriè fiet, si non simul & potestatem sententiam exequendi habeat. Sed dices, Magistratus municipales cognoscere, & sententiam ferre possunt, quia jurisdictionem habent, *l. 26. ad Municipal.* non tamen mixtum imperium ipsis datur, *d. l. 26.* Et per cōnsequens elusoria ipsorum futura erit jurisdictio, dicimus, omnibus quidem tribui imperium alias enim suam jurisdictionem tueri, & ad effectum perducere

non

non possunt, atqui non omnibus datur imperium ἀρχικώτερον: quia omnes non æquè amplum habent imperiũ, non enim omnes mulctare possunt, ut Procurator Cæsaris, Logista seu Procurator Reipub. & defensor civitatis, *l. un. ff. si quis jus dic. extr.* non etjam omnes jurisdictionem suam pœnali judicio defendere possunt, ut magistratus municipales, possunt tamen alio modo jurisdictionem suam tueri, quia pignoribus captis coërcere possunt, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. ff de reb. cor. qui sub tut. l. quemadmodum. §. magistratus ff. ad l. Aquil. juncta l. ult. de jurisdictio. l. 17. ff. qui & à quib. manũiss. quod tradidit Georg. Obrecht. disp. de jurisdict. th 365. & seqq.* Est ergò *jurisdictio simplex* nihil aliud quàm potestas statuendi in civilibus sine coercitione. Quæ ideò *simplex* dicitur, quod ab imperio mixto sejuncta sit, cui cum coadunatur, etsi haud inconcinnè mixta perhiberi posset, tamen cum prior sit imperio mixto, eoque confirmetur, potius mixtum imperium quàm jurisdictio mixta dicitur. Estque vel voluntaria vel contentiosa, *l. 2. ff de proconf.* illa ex re appellatur, ideò quod exercetur in volentes, *d. l 2. & l. seq.* hæc item ex re quia exercetur in invitos & contendentes, cui locus est in judiciis, *Donel. 17 comment. 8.* Item vel propria vel aliena, *l 1. & 10 tit. de off. ejus cui mand. est jurisd.* aliena, vel mandata, vel prorogata, *Dd. ad l. si per errorem. de jurisd. Donel. de loco.*

II.

Quomodo acquiritur Jurisdictio? quomodo Imperium?

Vel principis concessione vel præscriptione, *l 1. vers. cum urbem. ff de off. pref. urb. l. 2. C. de fund limit. l. 11.* Doctorum communis est traditio, *Petr. August. Morl. in Empor. quaest. p. 1. tit. 2. num. 59.* quæ tamen simpliciter admitti non potest, aut vero etiam ex civilis juris dispositione debet, & præsertim quod de imperio dicitur, id enim *si merum sit, præscriptione acquiri non poterit. l. 1. d. off. ejus cui mand. est jurisd.* nam & is qui id elapso præfinito tempore retinet, pœna l. Juliæ majestatis plectitur, *l. 3. ff. ad l Jul. Majest.* & quis dixerit ad privatum id derivari posse, cum nec Romani Reges cum imperio, neq; decemviros aut cõsules, etiam sine summa restrictione potestatis, & quasi freno tribunatus injecto pati ullo modo potuerint, ut soli populo de capite Romani civis

civis fuerit reservata decernendi potestas, *l. 1. §. exactis 16. §. & quia 23. ff. de orig. ju.* & consequenter per præscriptionem privato (quod fieret præscriptionis concesso jure) dari acquirivè nequit idq; in dubium erit civili jure, quamvis plurimi reclament, (verum cum moribus temporis hodierni abrogatum sit, dicendum & præscriptione merum imperium acquiri, *Wesemb. in rub. h.t.*) Solius ergò principis concessione, in principem scil. translato imperio *l. 1. de constit.* id conceditur. Quæritur, *Si princeps simpliciter cum castro jurisdictionem concedat, an & merum imperium concessum intelligi debeat?* Et sunt, qui illud arbitrantur, plurimi, quia genus complectitur omnes suas species, *l. omnes C. de præscript. 30. annor.* & dispositio generalis tantum operatur quod omnia, quantum specialis quoad speciatim enumerata, *l. 51. ff. d. administ. tut. l. 79. in pr. ff. de legat. 3. Wesemb. consil. 95. num 20. & multis seqq.* verùm hæc sententia convellitur, *l. 1. in pr. ff. de off. ejus cui mand.* quod & eo casu non ineptè disputabimus, *si castrum concedatur cum pertinentiis, & cohærente jurisdictione, & castro jurisdictio plenißima à principe administrari solita cohæreat*, quamvis dissentiant plurimi, moti eo, quod jurisdictio cohæret administrationi, quam quis habet causa & ratione territorii, *l. ult. ubi & ap. quem restit. in integ. per l. ult. C. de fund. limitrop.* Atqui concessa re principali censentur tributa etiam ea quæ illi cohærent, *l creditor. §. ult. ff. d act. empt. l. uxorem §. legaverat d. legat. 3. l. prædiis ff. de fund. instr.* quapropter concesso castro dicitur etiam concessa jurisdictio. Verùm argumentum id deviat à natura meri imperii, quod non castro cohærere potest, sed infixum est ossibus ipsius principis, *l. 1. de off. ejus cujus mand.* de aliàs contrario admisso, absurdum id sequatur cuicunque castrum concessum dixeris, eidem & merum imperium largiaris, contra *d. l. 2. §. exactis, 16. ff. de orig. ju.* Quæritur successivè. *An jurisdictio privativè vel cumulativè concessa intelligatur?* R. *Joachim Mynsing. 6. obser. 89* per dominos Camerales conclusum fuisse quod per hujusmodi concessionē se nō abdicaverit jurisdictione, atq; ita nō privativè cōcessa sit. Et rectè, quia in sermone generali non comprehenditur persona loquentis, *l. inquisitio. C. d solut.* quod maximè procedit, in persona principis, quæ dicitur exempta, ne sibi legem dicere videatur, *c. un. in fide probib. feud. alienat. per Frideric.* qua de re tamen videndus est *Menoch. 2. de*

de præsumpt. 18. Quæritur, *An jurisdictio à principe concessa probanda sit?* Quod omnino affirmandum est, ubi de ea non constat, est enim jurisdictio qualitas quædam, quæ homini à natura non inest sed ita competit uni, ut non statim alteri tribuatur, & ob id probanda est, de modis probandi vide *Menoch. 2. præsumpt. 14. n. 9. 10. & seqq.*

III.

Quinam habuerunt merum imperium?

Ubi primo omnium inquirendum erit, *An princeps solus habeat merum imperium?* quod existimavit *Lotharius* an verò & alii Magistratus, quod putavit *Azo*, cujus sententiam communiter exceperunt Dd. si sepositis aliorum opinionibus disputandum sit, non dubito, quin & *Lotharii* sententia defendi possit, præsertim si penitius *l ff. de off. ejus cui mand* inspiciamus, ubi magistratus quibus specialiter merum imperium concessum est. publici judicii exercitationem, vel, ut in *π. Florent.* legitur, exercitionem habere legitur, quæ est *Lotharii* opinio magistratibus enim cōcedit non substantiam meri imperii, eamq; in solo principe residere voluit, sed ejusdē exercitium promiscuè omnibus, quibus principis voluntas id tribuit, unde in *l. 4. de off. præsid.* Præses provinciæ maius imperium in ea provincia habet omnibus post principem princeps ergo maius habuit, non comparativè, utq; cū Principe substantiæ intuitu idem habuerit præses, sed positivè stetq; principis per se excellens imperium, à quo præsidis dependet, quod idem de proconsule legitur in *l. & ideo. 8. ff. de off proconsul.* hacq́ue restrictione oppositio *d. L. 3. de jurisd.* stabit, ut ibidem verbum *habere*, scil. latissimè accipiatur, *l. stipulatio ista*, *habere. ff. de verb. oblig.* & respectu principis ius ipsum, in persona verò magistratuum exercitium comprehendat, similemq; sensum recipiat *l. illicitas. §. qui universa. ff. de off. præs.* qui universas provincias regunt, ait *Ulpian.* ius gladii habent. Rectè habent, & cōcedimus, at habent non jure suo, non proprio, sed principis beneficio, quo tanquā fonte in cæteros magistratus ut rivulos derivatur imperium, nihilominus fonte scaturiente, eritq; sic jus gladii jus proprium in persona Principis, mutuatitium in aliis magistratibus, & exercitium demonstrans, & mirandum valde hanc *Lotharii* opinionē, ni-

nigrum apud nostros tulisse calculum, cum ipsi tamen fateantur, *Henrico* Germanorum Imp. eam placuisse, (ortumque commune hinc diverbium, *Lotharium* equum, Azonem æquum obtinuisse) ut necesse fateantur consequens est, eam in jus ivisse, quippe tralatitium est, Principis placitum legis vigorem obtinere. *l.1.ff.de constit.princip.* quo benè attento, progrediemur ad magistratus ipsos, si tamen prius notemus, merum imperium interdum vel potius ejusdem exercitium in persona magistratuū plenum, interdum minus pleuū esse, illud est, cum omnes ejusdem gradus concessi reperiuntur, hoc cum certi ejusdem, ut jus gladii, vel jus cognoscendi de crimine capitali, putamusq; hoc posterius, ut antecedens respicere executionem, sicuti suum consequens, quodque ideo certis interdum magistratibus concessum legimus, posteriore dempto, sæpius etiam utrumq; in unum eundemq; concurrisse. Sicut id demonstrat D. Georg. Obrecht in tr. de jurisd. c.6. Quæritur, *An privatus unquam merum imperium habuerit?* Affirmat id *Cujac.15.obs.39.& 21 obs.30.* motus *l.1. §.1.ff.ad l.Corn.de Sicar.* qui magistratus, inquit, judexvè quæstionis, judicem quæstionis separat à magistratu, & magistratum intelligit Prætorem, qui lege Cornelia quærit, vel Proconsulem, apud quos & legimus, *l.3.de accusat.* reos deferri, judex verò quæstionis est privatus, cui sorte obtigit ex lege quæstio publica, qui publico judicio præest. Quæ mihi sententia non valdè probatur, notum enim est, constatque omnibus, quod par in parem imperium non habeat, *l.4.l.6.ff de recept.arbitr.l.14.de jurisd.* non itaque privatus in privatum habebit, aut si habeat, inevitabiliter sequetur, ut non privatus sed magistratus sit, quodque de hoc ipso judice tradit, *Sigonius l.3 c.1.de jud.* Quapropter ut quæstionis summa habeatur, non negari potest, quin princeps publici judicii exercitium privato demandare potest, sicuti id satis evinci, demonstrarique potest, *ex l.1.ff de off. ejus cui mand.* ubi sufficit concedentis voluntas, quæ si privatum designet eidem publici judicii exercitium demandet, valebit, stabitque ex voluntate concedentis mandatum *l. aliud est fraus. 131. in fin. de verb. sign.* quod factitatum est temporibus iis, cum quæstiones de crimi-

nibus singulis à populo mandarentur, qui quæstores parricidii dicebantur, *l.2.§.& quia.de orig.ju.* verum cui hoc modo publici judicii exercitium conceditur, non is privatus amplius, sed magistratus est, quod facilè ex *l.3.ff de off.præs.* constat, in qua privatus ei qui imperium habet opponitur. Non obstat *d. l. 1. §.1. ad l. Corn. de Sicar.* qua in contrariam opinionem movetur *Cujac.* qui enim ibi magistratus dicitur, Prætor fuit, *l.2.§.capta 32.de orig. ju. & κατ' ἐξοχὴν* sic nominatur, quia totius judicii capitalis moderator erat, non verò; ut propterea judex quæstionis magistratuum albo subtrahatur. Nunc quod supra diximus, de magistratibus aliquid subjiciendum erit; & *Dictatorem* merum habuisse imperium constat; ex *l.2.§.populo.18. de orig.ju.* De consulibus quoque dubitandum non est, quin habuerint, licet minus plenum, lege enim lata factum est, ut ab iis provocatio esset, nevè possent in caput civis Romani animadvertere injussu populi, *d. l.2.§.exactis 16.de orig.ju.* De *præfecto urbi* dubitari solet, habueritnè jus gladii? nam habuisse cæteros imperii gradus extra controversiam est, *l.1.de off.præf.urb.l.1.§.generaliter.ff.de pæn.* negat id *Govean.in l.3.h.t.* vix est, inquit, ut in urbe gladii potestatem habuerit, in qua ne consulibus quidem secures præferebantur, quod tamen vix admittit *d.l.1.in pr.*.ibi: omnia omninò crimina, *de off.præf.urb.* Provinciarum quoque *præsides* merum habuerunt imperium, sed minus plenum, jus gladii habuerunt, *l.6.§ qui universas.de off.præs.* non tamen jus deportandi *l.6.de interd. & releg l.1.§ hi quibus.de leg.3.l.1.ff. quando appell. l. 6.§. ejus qui.de injust. rupt.172.* quod eruditissimo *Hottomanno* non placet, videamus, ait *3.obs.12.* ne verius sit, quod video etiam *Dyno* placuisse in *c.cui. licet de reg. ju. in 6.* locos illos superiores intelligendos esse de eo præside, qui subjectas suo imperio insulas non habet, ut nominatim in insulam deportare non possit, sin autem habeat, possit, *arg. l. relegatorum. 7. de interdict. & relegat.* inque hanc opinionem argumentum à majori ad minus eum compulit; *habet jus gladii, Ergò & jus deportandi,* siquidem id minus esse constat. Verum argumentum hoc in materia jurisdictionis haud obtinere notum est, quoniam ea

tantum ex mero imperio sibi quis assumere potest, quæ lege ei specialiter adsignata sunt, *l.1.de off. ejus cui mand. est jurisd.* præsidi autem datum est jus gladii, jus itidem in metallum damnandi, non etiam deportandi, ut mirum non sit eum non posse id adsumere, cum nulla lege ei concessum sit, sed disertè prohibitum, in *d l.6.de interd.& releg.* quæ fictitiam *Hottomanni* distinctionem planè non admittit, inq; eo versatur, ut ostendat hoc jus præsidi non competere quapropter si occurrat deportandus principi ejus nomē scribet, qui æstimare debet, *an in insulam* deportari debeat nec ne. Præfecti Prætorio etiam merum habuerunt imperium, *l. ne quis.38. C.de decur.l.10.l.3.Cod.de off præfect.prat. orient.* In summa inquit *Henr.à Servin.repet.lect.c.6.* Omnes quibus animadversio criminū ex suo arbitrio facienda permittūtur (inter quos & *Dux exercitus & Centurio*, belli tempore fuisse apparet ex *l.3.ff. de re milit.l.12.13.eod.tit.*) habuisse meri imperii exercitiū dici possunt, de quibus videndus maturi ingenii ICtus Georg. Obrecht. *in tr.de jurisd. c. 6.* Quæritur, *de Rectoribus Academiarum an merum imperium habeāt?* quæ quæstio ut bene intelligatur, superior tradita distinctio inter plenum & minus plenum imperium notanda est, qua non animadversa in hac jurisdictionis materia, multi ut errores committantur necessum sit, minus plenum habent, possunt enim relegare, possunt excludere, plenum non habent, quia nullibi gladii potestas ei concessa demonstratur, & sicuti *Bodinus lib.3.de repub. 7.* arbitrātur in repub. haud convenire, ut collegiis & privilegiatis corporibus in criminalibus jurisdictio, vel gladii potestas tribuatur, *arg.l. non est in singulis.ff. de reg.ju.* de quo ut tanto certius pronunciare possimus, notanda est definitio Papiniani *in l.1.ff.de off.ejus cui mand.* quæcunq; specialiter lege vel Senatus consulto, vel constitutione Principum tribuuntur: mādata jurisdictione non transferuntur, quapropter cum in *Auth. habita C.ne fil.pro patr.* sola jurisdictio Rectori concessa sit, *in verb. quibus hanc jurisdictionem dedimus*, concessum jus gladii non erit: quodq; & alio argumento ejusdem constitutionis demonstrari poterit, optio datur scholaribus ut vel coram Domino loci, vel magistro vel Episcopo civitatis conveniantur. Atqui Episcopus, si sanguinis pœna irroganda sit, non poterit iudicare, *c.fin. ext. ne cleric. vel monach.* Ergo. Et pro hac sententia non leve est funda-

men-

mentum *in l.2.C.de privil.scholar.*ibi:*ne sub prætextu concessi privilegii vel flagitiorum crescat auctoritas, vel publica vacillet utilitas.* Quæ lex etsi non loquatur de scholis nostris, intelliguntur quippe ibidem scholares militantes in sacro palatio, ratio tamen generalis est, & ad nos pertinens. Non obstant huic opinioni ea, quæ obstare existimat *Scipio Gentil.3.de jurid.c.17.*non quidem primũ, quod ille ex verbis *d.Auth.habita.* deductum dicit, illis nimirum *ob debitum sive delictum*, quia non volunt, ut propter delictum possint scholares apud Rectorem conveniri, sed ñe puniantur ob delictum à suæ provinciæ hominibus commissum. Non etiam secũdum, quoniam etiam prudẽtissimi Imp. provisio suum sortietur effectum, etsi criminalem jurisdictionem sibi, & illis, quib. illam dederit, reservaverit, cum non injuriam facientibus, sed injuriam passis voluerit patrocinari, uti in casu non dissimili loquitur ICtus, *in l.2.§.sed ita 3. ff ad SC.Vell* .& noti juris sit, reatum tollere omne privilegium, dignitatem omnem, *l.1, C. ubi senat. vel clariss.d.l.2.C.de privil schol.*nec dignum privilegio aliquo, qui in leges committit, *l.auxilium 37.in fin.ff.de minor.*ubi celebris glossa notat, quem amittere beneficium propter suum delictum *l.fin §.si verò postquam C.de ju. delib.l.1 §.hoc autem ff.si fam.furt.fecis. dic.l.senatoris filia ff. de rit.nupt.l.consensu. C de repud.* Ex quibus & tertii argumenti imbecillitas ostenditur, versamurque in terminis, ubi non interpretatione aliqua sed certa voluntate concessum imperium demonstrari debet, *d.l.1.ff. de off. eius cui mand.* Quarta objectio ex secundo fundamento nostræ sententiæ in opinionem nostram facere constat.

IV.

Quinam habuerunt mixtum imperium?

Et haud dubie magistratibus id tribuendum erit ratione *l.fin de off.ejus cui mand* ut antè omnia videndũ sit, quid magistratus sit, quem à nemine nondum rectè definitum esse contendit *Bodin.3.de repub.c.2.* nobis magistratus est, qui Rempub. procurat, juriq; dicendo præfectus est, qui vel ordinarius est, vel extraordinarius vel urbanus, vel provincialis, quorum seriem videre poteris apud D.Georg.Obrecht.d.tr. de jurisd.c.11. nos paucis contenti erimus. De tribunis plebis contentio est, notatq; *Scipio.*

Gentil. 2. de de jurid. 3. an magiſtratus fuerit? Dubium oritur ex *Gellio lib. 13. noct. Attic. 12. in fin.* Tribuni plebis antiquitus creati videntur non juridicundo, nec cauſis querelisq; de abſentibus noſcendis, ſed interceſſionibus faciendis, quibus præſentes fuiſſent, ut injuria, quæ coram fieret, arceretur, quod confirmat *Plutarch. in vita Gracchor.* Eſt Tribunorum plebis in prohibendo maxima poteſtas, uno enim prohibente nihil alii, etiamſi complures ſint, efficere poſſunt. Ideoq; cum P. Attinius Tribunus plebis in carcerem Bibulum includere conaretur, collegis ſuis obſtantibus, illud intermittere coactus eſt, ut author eſt *Dion. l. 38.* & tamen magiſtratum fuiſſe oſtendit *Pompon. in l. 2. §. ergò ex his. de orig. iu.* ubi Tribunos jura reddidiſſe ſcribit. Et *Ulp. in fragm. tit. 7.* ſtipulationis Tribunitiæ mentionem facit. Rectè diſtinguunt, *Obrecht. d. c. 11. n. 19. Georg. Eberlin. ad l. 2. c. 17. de orig ju.* primis ſcilicet temporibus eos jus non dixiſſe, at poſtremis utique notat *Sigon. de antiq. jur. Rom l. 3. c. 1.* Dubitatur etiam *de magiſtratibus Municipalibus an mixtum imperium habuerint?* Dicit *Duar. in c. 4. de Jurid.* ea quæ tractantur in diſtinctione imperii & jurisdictionis ad populum Rom. non etiam municipales magiſtratus ſpectare, quia in bonor. poſſeſſionem mittere non poteſt, *l. ea quæ. 26. ff. ad Municip.* neque occurrit inquit *Vaud. 1. var. q. 22.* horum magiſtratuum jurisdictio municipalis, levis enim eſt, ſuisq; circumcluſa limitibus & imperfecta, fereq; omnis pendet ex lege municipii Magis enim magiſtratuum municipalium, juxta nominis appellationem, ferè circa municipii adminiſtrandi & gerendæ reip. curam, quam in jure dicundo, omnis verſatur jurisdictio *l. 13. l. Lucius in pr. ff. ad Municip.* unde nec jus dicendæ mulctæ illis conceditur, *l. 3 C. de modo mulctar. l. fin. C. de defenſ. civit. l. 1. ff. ſi jus dic. non obtemp* Dicimus *magiſtratibus municipalibus imperium dari*, aliàs enim ſuam jurisdictionem tueri non poſſent, etſi non æque amplum ut magiſtratibus Rom. Tueri itaque poterunt ſuam jurisdictionem non quidem pœnali judicio, ſed captura pignorum *L. quemadmodum, §. magiſtratus. ff. ad l. Aquil.* poſſunt & jubere caveri de damno infecto *l. 1. l. 4. in pr. ff. de dam. inf.* quæ imperii magis ſunt quàm jurisdictionis *l. 4. de jurid.* Noſtris autem moribus eò perventũ eſt inquit *Obrecht. d. c. 11. n. 109.* ut non ſolùm Principes, Comites, Nobiles & Civitates, ſed etiam pleriq; pagi juris-

risdictionem & mixtum imperium habeant, adeo ut jus dicere, & id simul exequi possint.

V.

Finis jurisdictionis est concordia & tranquillitas publica, *l.1.de just.& jur.l.congruit.de off.præs.* Effectus ut actionem confessoriam & negatoriam producat, *Ferrar.in form l.act. confess. §. plena.* Finitur ordinaria, morte ejus cui commissa est. *N. 22.c.20.* mandata, etiam ejus qui mandavit, *l.& quod 6. de jurisd.* vel mandato revocato. *l judicium 58.ff.de judic.* vel non utendo, vel malè utendo, *Geil.1.obs.17.n.2.* Prorogata, per pœnitentiam revocatur, *l.18.de jurisd.* qua de re dubitari tamen posset, uti & prorogationis jure, nec enim pactis privatorum jurisdictio dari potest, *l.3.C.d. jurisd. omn. judic.* sitque aliàs satis provisum privatorum pactis jus publicum immutari non posse. *l. jus publicum. 38. ff. de pact.* nec de rebus ad Rempubl. pertinentibus pactionem licitam esse *l.2.§. jus Reipub ff.de ordin rer, ad civit.pertin.* quale est judicis officium, cumq; & ipsius magistratus hîc versetur interesse, ne sc. suæ jurisdictioni subjectus ab alio judicetur, hocque ipso suam amittat jurisdictionem, unde nec vasallus potest in alterius jurisdictione expreßè, vel tacitè invito domino consentire, quod si fecerit, nullius est prejudicii prorogatio, sed dominus eũ rectè avocare poterit. *imperialem. §. præterea de prohib.feud. alien.per Frideric.* pari ratione, neque clericis permissum est jurisdictionem judicis tacitè vel expreßè prorogare absque consensu superioris: quia tale privilegium fori non est personale, sed toti ordini ecclesiastico publicè indultũ *c.significasti c.si dilig d.for.compet.* quapropter distinguendum videtur cum de prorogatione quæritur, inquit *Gail. 1. obs. 40.* utrum scilic. lex vel Princeps disponat de foro favore superioris an vero mera consideratione privatorum, primo casu, prorogatio jurisdictionis fieri nequit absque consensu superioris, ut in exemptis, vasallis & clericis dictum est, altero vero casu valet renunciatio, quoniam unicuique juri pro se introducto renunciare licet, *l. si quis. in conscribendo. C. de pact. privat.* deque hoc casu posteriore occurrit dubitatio non levis, quæ oritur ex *d. l. si convenerit. ff. de jurisdict.* si convenerit, inquit Jurisconsultus, ut alius prætor quam cujus jur-

jurisdictio esset, jus diceret, & priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, *proculdubio nemo compellitur hujusmodi conventioni stare.* Quod responsum *Bartolus* aliiq; sic exaudiunt, ut à prorogatione jurisdictionis altero etiam invito recedere possit, cujus ratio ex *Cujac*, redditur, qui nuda conventio obligationem non parit *in tract. & Affric. 7.* quæ tamen sententia manifestè incurrit *l. penult. C. de pact.* sancimus inquit *Justinian.* nemini licere adversus pacta sua venire & contrahentes decipere, quodq; non generaliter sed in terminis terminantibus proponi, principium & casus ejusdem constitutionis ostendit, prolixum foret si, quæ hominum eruditorum hac de re sunt sententiæ, in medium proponerentur (videatur *Alciat. 2. παρεργ. 17. Govean ad d. l. si convenerit. & ad eandem. Cujac in tract. 7. ad African. Corras. 4. miscell. 5.* Posset distingui, quodque & legum verba innuunt, inter eum qui pacto simpliciter, quique instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori præscriptione, utque illo casu procedat decisio *d. l. si convenerit.* hoc autem *d. l. si quis in conscribendo.* Ratio differentię est, quoniam lubricum oris ad obligandum haud facilè protrahendum esse rati sunt veteres majorque sit in eo, qui de eo instrumentum conscribi patitur consultatio, plænæq; deliberationis appareat voluntas, quam si negligere paciscens posset, nullius momenti scriptura esset, nec ulla satis efficax esset, si non instrumentis staretur *l. 7. C. de fid. instr.*) homines constringendi via.

DISPU-

DISPUTATIO TERTIA.

A CHRISTOPHORO GABELCHOVER Stutg. Wirtemb.

AD

L.1.ff. de pact.

THESIS I.

P*Actum est duorum pluriumvè in idem placitum consensus.*

d.l.1. §.2. de pact. Sunt qui negent hanc esse pacti definitionem. 1. Quia eadem contractibus convenit. 2. Quia reciprocari non potest, non enim omnis in idem placitus consensus est pactum, nam si quæstio proponatur utrum *IC. Medicis* sunt præponendi, & inter nos conveniat, *Ictos Medicis* præponendos esse, rectè dicetur consensus duorum, neque tamen pactum erit Stat econtrà *Cujac.* quia definitio nominis præcedit, ars verò exigit ut sequatur & rei. *d l.1* quemadmodum id eundem *Ulp*, fecisse videmus in *l. 1. de Just. & Jur.* quod placet, & primæ oppositioni dicimus: Contractum quidem esse duorum pluriumvè in idem consensum, sed non nudum, quia aut nomen habet, aut si nomine vocat, certè causam habet, pactum non item, quod pulchrè explicat *Cujac. 2. obser. 15.* Secundam objectionem suppeditat *Donel, ad rubric. n. 2. C. de pact.* cujus responsionem apud eundem vide.

II.

Ad d.l.1.§.3.

Num pactum à conventione differat?

R. ut species à suo genere. Conventio enim nomen gene-

ris est *d.l.1.§.conventionis.*(Dissent.*Wesenb.in ff.n.2.de pact.)*& dispescitur in contractum & pactum *l.7. h.t.* ubi conventiones jurisgentium vel actiones vel exceptiones parere dicuntur, illud est contractuum, h.e. pactorum, atque ideò in *l.2.h.t.l.solent.ff.de praescript. verb & aliis infinitis.* Pactio conventio appellatur, non quod pactum & conventio idem sit (*Borchold. de pact. c.1.n. 8.*) sed quod sub conventione tanquam genere comprehendatur, nam sicut omnis homo animal est, omne animal homo non est, ita omne pactum conventio est, at non omnis conventio pactum, *Duar.ad d l.1.*

III.

Ad l. 2. & 3. eod.

Cur redditio Chirographi inducit remissionem debiti? cur non redditio pignoris?

d.l.2.& 3. ratio diversitatis hæc nonnullis placet, quoniam chirographi redditi nulla utilitas esse potest, nisi remissionis debiti. *l.14.C.de solutionibus l.4.C.de remiss pignor.l.creditor.159. d. R. J.* Pignoris autem usus multiplex est, sive ad utendum, sive ad vendendum (*Bart.ad d.l.2.n.3.*) Quasi verò (dicente *Cujac.ad d. l. 2.*) non multæ aliæ utilitates esse possint, in redditione chirographi, quia fidem tibi habeo absque cautione, eam reddere possum. Potior igitur illa est ratio; quæ sumitur ex natura rerum, quia chirographo principalis continetur obligatio. Hujus obligationis accessio quædam & παρενθήκη est pignus, ut fidejussor, porrò quemadmodum fidejussore liberato nihilo magis fortis obligatio perimitur, ita pignore liberato, non ideò dicemus & principalem obligationem extingui.

IV.

Ad l.4. in pr. eod.

Placuit in urbanis habitationibus, non item rusticis locatis, invecta & illata pignori esse.

d.l.4.in pr.h.t.l.4.ff. in quib. caus. pig. tac. l. ult. C.eod. in reddenda rationis diversitate varii sunt nostri (ut patet ex *Cujac. ad l.4.h.t. Forcat. 17. dialog. n. 4. Donell. tract. de pignor. c. 4.*) Placet hæc

hæc, quia cum locatori prædii rustici pro pensione satis cautum est fructibus, quos pignori esse constat. Sanè necessitas expressit, locatori prædii urbani invectis & illatis caveri, si quidem ullâ re ei cautum velimus, cum nulli eo in prædio fructus nascantur, (quam rationem ante alios reddidit *Gribald. in suis declarat. c.1.*) l. opponitur *§. item Serviana. Inst. de actionibus*, item *l. certi juris. C. locat.* quibus satisfacit *Forcat. d. dialog. 17. n. 2. & 3.* addunt alii *l. 3. ff. in quib. caus. pign. tacitè.* horreum (inquiunt) usibus rusticis destinatum est, & nihilominus in eo obtinet taciti pignoris conventio, argumentum fluxit ex ignorantia morum, Pop. Rom. de quibus vide *Brisson. 4. antiquit. 18.*

V.

Ad l. 6. eod.

Pacta legitima contractus non esse, verius videtur.

Jurisgentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones *l. 7. in pr. h. t.* illud est contractuum hoc pactorum. Contractibus autem naturaliter inest, ut sua virtute & efficaciâ actiones pariant, Pactis legitimis non item, quoniam actiones ex speciali legis confirmatione saltem producunt. *l. 6. h. t.* Et si pacta legitima sint contractus, ad quid diversa nomina? *arg. l. si idem 7. de codicil.* unde & pactum & contractus sæpissimè in jure nostro opponuntur, *l. non dubium.* ibi: nullum enim pactum nullum contractum. *C. de legib. l. 13. C. de pact. l. 7. §. quinimò. §. quod ferè l. si unus. 27. §. pactus ne peteret. l. per quos 59. ff. de pact. l. 2. ff. de Transact.* quod docuit contra Dd. *Boc. ad l. contractus. c. 1. n. 7. de R. Jur.*

VI.

Ad l. 7. §. sed etsi 2.

Pugnat. *l. 5. §. sed si dedi. ff. de præscript. verb. cum d. l. 7. §. sed etsi, h. t.* Dedi tibi *Stichum*, ut *Pamphilum* manumitteres manumisisti, evictus est *Stichus*, quæritur qua actione adversus me uti possis? *Julianus* scribit in factum actionem à Prætore dandam; quem reprehendit *Mauritianus*, & rectè, cum enim hæc species

incidat in contractum innominatum, Do ut facias, ex quo actio civilis ordinaria, scilicet præscriptis verbis competit, confugiendum non erit ad remedium illud subsidiarium, h. e. ad actionem illam in factum Prætoriam *d.l.7.§.sed etsi h.t.* verum refragatur *d l.5.§.sed si dedi ff.de præscript.verb.* ubi *Paul.* ait *Julianum* in hoc ipso casu actionem in factum civilem, id est actioné præscriptis verbis concessisse, non igitur rectè *Mauritianus*, eum reprehendit, Accursius putat *Julianum* variasse, & à *Mauritiano* monitum non gravatè in ejus sententiam descendisse. Diceret is aliquid. si non longissimo intervallo *Iulianum* insequutus fuisset *Mauritianus*, vixit enim is sub *Hadriano*, cujus imperium in Annum urbis conditæ 870. & nati *Christi* 119. incidit, *Mauritianus* verò floruit sub *M. Antonio Philosopo*, qui Anno ab urb. condita 923. & nativitatis *Christi* 171. imperium obtinuit, ut licet hoc concesserimus (quod tamen ponendum non est) illud etiam, *Julianum* scilicet iam senem à puero monitum computatione facta, concedere debes. Quinimò quod magis stringit, & distátiam *Juliani* & *Mauritiani* clarius demonstrat, notat *Georg. Ebertli. in suo erudito ad tit. de Orig. Iur. commentario c. 50. n. 7.* Mauritianum in Julianum notas scripsisse, quod utique coætaneorum vix statui poterit (notat *& Cujac. ad d.l.7.*) dicimus nos (adde *Cujac. ad d.l.7. Govean. 2. variar. 27. Pac. 1. ἐναντ. 87. Donel. in tr. de præscript. verb. c. 19.*) Juliani sententiam Mauritiano improbari, in *d l. 7. §. 2.* referri eandem à *Paulo*, non improbari in *d.l.5.§.sed si dedi*, & verbum CIVILEM aut imperiti interpretis esse, quod satis ad eum locum ex glossis veterum appareta, ut *Triboniani* (quod vult *Cujac. Pac.* dictis locis) cuius etiam notæ in variis aliis iuris partibus occurrunt.

VII.

Ad d.l.7 §.sed cum nulla 4.

Nuda pactio obligationem non parit, sed saltem exceptionem.

d.l.7.§.4. l.13.C. eod.l.59.§. ult.ff.ad SCtum Trebel.l.15. ff.de fund.dot. ne videlicet lubricum linguæ, & benevolentiæ captatio cuiquam noceat (*Wes. in π.h.t.n.9.*) de exceptione verú id ita demum est, si res ferat & negotii qualitas exceptione possit explicari

cari l. 11. §. 3. ff. de recept. arb. l. 11. §. 1. ff. de reb. cred. l. 5. in pr. ff. quib. mod. pign. vel. hypot. solvit. (Freh. 1. πιθανῶν. 18. & edicti Prætorii formulam eò refero. *l. 7. §. Prætor. h. t.* quia & servandi verbum generale est, & qualibet tuitione contentum est.

VIII.

Ad c. 1. extr. de pact.

An pacta de Jure Canonico producant actionem?

Affirmant plurimi. 1. Per *d. c. 1. & c. qualiter. extr. de pact.* in quibus pacta custodienda esse dicuntur, quasi id sit accipiendum, tàm quoad actionem quàm ad exceptionem. *arg. l. statuas. ff. de adquir. rer. domin.* 2. Quia Deus non distinguit inter simplicem promissionem, & juratam, at ex jurato pacto datur actio, *c. quamvis. de pact. in 6. Auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* 3. Quia moribus omnium penè gentium hæc sententia recepta est (Teste *Wes. in π. n. 9. h. t.*)

Negant alii. 1. Quia inter jus Canonicum & civile non est inducendum discrimen sine Canonis authoritate, *c. 1. & 2. de oper. nov. nunt.* at hîc nullus est canon, qui contrarium tradit, quod enim ad *d. c. 1. & c. qualiter.* attinet, resolvunt ex eo, quia & pacta servat Prætor, & tamen nuda pactio actionem non parit. 2. Quia eadem ratio, ut minuantur lites, tàm de jure Canonico quàm civili obtinet. 3. Quia pacta jubentur servari de jure Canonico sub pœna excommunicationis *d. c. 1. & c. qualiter.* Isti autem pœnæ tum demum locus est, cum ordinarium remedium deficit, *c. novit. extr. de judic.* (*Forcat. Dial. 69. n. 5. Bocer. ad l. contractus. de R. J. n. 8. Fachin. 2. controv. 100.*)

Ad d. l. 7. §. Quinimò.

IX.

An etiam pacta in continenti contractui stricti juris adjecta ex parte actoris insint? A.

Cujus sententiæ fundamentum non rectè constituitur in *l. lecta. ff. de reb. cred.* (licet id faciant *Hom. 7. obser. 15. Duar. ad d. l. 7. §. quinimò. Fach. 2. controv. 99.*) quod enim pacta stipulationi

 in-

insesse dicantur, non eam habet eo loci significationem, quasi & à parte actoris inessent, nec enim de sorte citius solvenda, sed solutione proroganda pactum conceptum erat, sed id significat, ita pactũ illud contractui à parte rei inesse, eumq; reformare, ut non sit opus eo nomine exceptioné opponere, sed is qui pactus est, sine ulla exceptionis oppositione, h. e. sine ullo suo facto ex natura contractus initi, tutus & securus est. Melior erit probatio vulgaris Brocardici, ubi eadem ratio est, ibi & idem jus esse debet. At quæ ratio, ut in bonæfidei contractibus pactum insit, anne fidei relligio? Hæc ergò par & similis esse debet in contractibus stricti juris. Accedit *l. petens. 27. C. de pact.* ubi, seu antecessit pactum, seu pòst statim interpositum sit, rectè secundum eum sententiam ferri postulat. Hoc quid aliud quàm pactum inesse à parte actoris, cum petitionis saltē mentio fiat. Scio quid huic l. respondeant contrarium statuẽtes (scil. *Cujac. ad d l. 7. §. quinimò, & 10. observat. 24. Curt. Dec. ad d. l. petens.*) ea in specie non ex pacto agi, sed ex stipulatione, sed mirum quid sibi velint, eâ interpretatione admisâ, verba illa: *Post statim interpositum sit.* Nec enim ullius erunt momenti, aut virium ullarum, cum & stipulatio per se nullius indiga valeat; aliud argumentum suppeditant adversarii ex *d. l. 7. §. quinimò h. t.* in quo proponitur hæc regula: *Pacta interdum informare ipsam actionem*, subjicitur exemplum, *ut in bonæfidei judiciis.* Hîc nisi planè faceti esse velimus, & regulam suo exemplo æque latè patentem confiteri, necessum admittamus, idem planè in stricti juris contractibus statuendum esse, cum nullum tertium inveniri possit. Sed plura inter disputandum.

X.

Ex pactis in continenti contractibus adjectis non competit præscriptis verbis, sed actio ex principali contractu.

1. Si n. competat præscriptis verbis actio, necessum concedamus, virtute pacti, non contractus, eam nasci. At ex pacto non datur actio. Ergò nec præscriptis verbis. 2. Accessorium sequitur naturam sui principalis. *c. accessorium, de R. J. in 6.* pactum autem

est

est pars contractus; unde pacta emptioni adjecta exempto vel vendito actionem pariunt. *l. fundi 79. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. 1. de act. empt.* 3. Actio præscriptis verbis tum demum competit, cum nulla alia actio superest, *l. 21. ff. de præsc. verb.* Verum in proposito alia actio nimirum ex principali contractu descendens superest. Ergò *(Cujac. ad d. l. 7. Borchold. c. ult. n. 55. Conan. 5. comment. 2. n 7. Bocer. ad l. contract. c. fin. 5. n. de R. 7.)* contrarium statuentes moventur *l. 2. C. de pact. int. emp. & vend. l. si vir. ff. de præscr. verb l in bonæ fidei. C. de pact. l. 50. ff. de contrah. empt.* quibus respondebimus inter opponendum (Dissent. *Bartol. & Castrens. ad d. l. in bonæ fidei. Duar. ad d. l. 7. §. quinimò. h. t. Fachin. 2. controv. 98.*)

XI.

Ad l. si tibi. 17. §. 5. h. t.

Pactum personale emptori prodest.

d. l. 17. §. 5. h. t. ex qua apparet, hac de re inter *Sabinum & Proculum* fuisse concertatum. *Proculus* forsan eo argumento usus est, quod pactum personale personam non egrediatur, *l. idem. 25. §. 1. ff. de pact.* hujus timore, inquit *Bartol.* dupliciter *d. l. 17. §. 5.* legi solet, valde autem placet, quod ipse subjicit, pactum personale duobus modis considerari. *Primò* pro eo quod personam non egreditur, & isto modo loquitur *d. l. 25. §. 1. altero* quod cum persona finitur, *l. 7. §. pactorum. ff. eod.* vivo igitur paciscente transit ad emptorem, non eo mortuo (*Cujac. ad d. l. 17.*) alioquin quo modo his prodesset, quod hæredibus non prodest?

XII.

Ad l. 7. §. & generaliter.

Quoties pactum à Jure communi remotum est, servari hoc non oportet.

d. l. 7. §. & generaliter. 16. quæ sententia sequentes incurrit difficultates. Valet pactum ex *Pomponii* opinione, *ne quis depositi agat*, item si quis pactus sit, *ut ex causa depositi omne pe-*

periculum præstet, putat idem pactionem valere.*d.l.7.§.15.h.t.* Atqui pacta hæc à jure cõmuni remota sunt, quoniã illo, agere deponens depositi potest, sicuti & cõtra juris formã est depositariũ omne periculum præstare.*l.quod Nerva ff depositi.l.contractus.ff. de R.I* Similiter valet pactũ, *ne judicati agatur.d l.7.§.si paciscar.13.h.t.* Atqui jus commune vult, ut res judicata executioni mandetur, *l. à Divo Pio 15.ff.de re jud.* idq; propter rerum judicatarum auctoritatem *l. servo invito 65. §. cum Prætor. ff. ad SC. Trebel.si fundus 16.§ si pluris.ff de pignor.* Eleganter *Cassiodor.1.variar. epistol.5.* quæ dabitur discordantibus pax, (inquit,) si nec legitimis sententiis acquiescitur? Verùm facilè hæc in consonantiam redigentur si superiorum verborũ sensum rectè inspiciamus. *Remotum* enim *à jure communi* hîc nõ accipimus pro eo, quod contrarium est juri cõmuni, sicuti *Glossarius* arbitratur, sed pro eo quod improbatum eidem est.*l.si unus.§ pacta. quæ 4.h.t.* Quapropter etsi superiora exempla juri communi contraria sunt, ita ut nisi de iis quid speciatim pacto exprimatur, ex dispositione juris communis præstanda sint, tamẽ eidem improbata dici nõ possunt, quocirca etsi jure communi permissum sit *depositi agere*, ex causa depositi *non omne periculum* præstare, *pro judicato* experiri, si tamen in cõtrarium pacto res acta sit, valebit ex consensu contrahentium *l. contractus de R.J.* licitum quippe est, favori pro se introducto renuntiare, *L.pen.C.eod.* & iniquum planè fuerit, re ea quem affici, quæ in gratiam ejus statuta fuit, sicuti nominatim de re judicata traditum est *in l.si Judex 41.ff. de minor.* quod facilius recipi forsan poterit in re judicata, item periculi præstatione in causa depositi. Dubium autẽ majus alit pactum, *ne depositi agatur*, idq; improbatum civilis juris dispositioni videri potest, nullã quippe pactione recipi potest, ne dolus præstetur, quia hoc modo ad delinquendum invitaretur depositarius. *l.si unus 27.§.illud.ff.de pact.* Atquì qui paciscitur, *ne depositi agat*, pacisci etiam cẽsetur, ne depositarius de dolo teneatur, quoniam aliàs pactum illud nullius momenti esset, quippe eo non interveniente, de dolo tenetur depositarius.*d.l quòd Nerva. ff. depos.* Ergò eo interveniente de eo non tenebitur, cujusmodi tamen pactum non probandum esse censet J Ctus *in l.1.§.illud 7.ff.depos.* subjiciens hanc rationem, *quia contra bonam fidem contraq; bonos mores est.* Verum distinguendum

quia contra bonam fidem contraq; bonos mores est. Verum distinguendum arbitror inter pactum hoc, *ne depositi agat*, initio contractus, & fine ejusdem interpositum, ut illo modo nullius momenti sit, respicit quippe futurum dolum, qui pacto remitti nequit. *d. l. 1. §. illud. 7 ff. depos.* hoc verò, subsistat, quoniam non tàm doli quàm actionis remissio consideratur, quæ nulli denegari poterit. *arg. l. in re mandata. C. mand. l. penult. C. de pact.*

XIII.

Ad l. si unus 27. 27. §. pactus. 2. eod.

Pactus *ne peteret*, posteà convenit, *ut peteret*, prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicuti tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, & ideo replicatione exceptio elidetur. Verba sunt *JC. Pauli in d. l. si unus. 27. §. pactus 2. ff. h. t.* Quæ vulgò difficilem creduntur fovere sensum. Mihi, specie facti rectè posita, in claritatis lucem revocari posse operosũ haud videtur. Finge, *Titius 10. Cajo* debet, pactumq; inter eos fit, *ne Cajus 10. à Titio* petat, vicissim, ut *Cajus à Titio* petere possit, convenit. An prior obligatio pacto sublata sit? videtur id velle idem *Paul in l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solut.* naturalis obligatio, ait, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto vel jure jurando tollitur. Tollitur autem solutione obligatio ipso jure, sublata igitur similiter erit eadem pacto, cujus contrarium innuitur textu nostro, *& ideo replicatione exceptio elidetur*. exceptio prioris pacti obligationem subsistere jure ipso ostendit, nã quæ obligatio nulla est, actioné producere potens non est, & cõsequenter, ubi actio non est, exceptio nulla esse poterit. siquidem illa nihil aliud est, quàm actionis exclusio. *l. 2. in pr. ff. de except.* Utrumq; rectè dictũ credimus, Nihil quippe tàm naturale, regula juris dictat, quàm unumquodq; eo dissolvi modo, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale ff de R. J.* Obligatio naturalis solo æquitatis vinculo sustinetur. *d. §. naturalis.* Cõventionis & pacti igitur æquitate ut vicissim dissolvi possit, *Paulus* rectè colligit. Quod non negat text. Noster, sed pro natura obligationis, id quod statuitur, superior juris regula efflagitat. Debebat enim *Titius 10. Cajo* ex obligatione civili, pactum ergò quod naturalé saltẽ consensum habet, civilem

F non

non poterit tollere obligationem jure ipso, sed excipiendo vis ejusdem enervatur. Deq; civili obligatione tex. nostrum loqui, ostendunt verba, *pactus ne peteret*. Petitio ad civilem, non naturalem obligationem pertinet. Atqui, inquies, stipulatio stipulationem tollit, cur non similiter & pacto pactum elidetur? quæq; expositio non de nihilo est, & ideo hác in rem animadversa à *Paul.* in tex. nostro, quæ enim causa est, & fomentum præstat stipulationi, ut ea tollatur altera. eadem in pacto obtinet, quod contra responsionem *Pauli* notari potest, *in stipulationibus*, inqu: t ille, *jus continetur. in pactis factum*, quod & de pacto dici potest, jus est in stipulationibus, & jus eas comprobat, ut suâ virtute, non exceptionis ope, obligationes perimant, jus itidem est in pacto, naturale scilicet; quo tàm efficax id, quàm stipulatio est. *l.1. de pact. l.1. ff de constit. pecun.* & consequenter, ut stipulatione civilis, ita pacto naturalis perimetur obligatio. *d.l. Stichum. §. naturalis. ff. de solution.* Quid igitur est, quod in pactis factum contineri dicat *Paulus*? Rectè, ratione propositi casus, cum enim civiliter obligatus *Cajo* sit *Titius*, & pacto ab eadem recessum, factum, quod scilicet pactos esse contrahentes ostendit, non jure civili corroboratum est, ut ad instar stipulationis eam tollere ipso jure possit quapropter necessaria est exceptio, & eam elidens replicatio.

XIV.
Ad l.39. eod.

Pacti obscuri interpretatio nocet ei, cujus in potestate fuit legem apertius dicere.

d.l.39. quod in universum verum est, nec emptorem à venditore, vel locatorē à conductore distinguimus, sed semper ambiguæ orationis author in culpa est. Par n. est in utroq; emptore sc. & venditore quæstus studium, par idem sit ergò culpæ & negligentiæ pœna. Atq; ita intelligenda est *l. si in emptione 34. ff. de contrahen. empt.* ubi pactum cōtra emptorem interpretamur, quia is potuit apertius rem expressisse, ut superflua meritò reputādā sit *Cujac. 2. obs. 10.* emendatio, qui putat pro *emptore* substituendū esse *venditorem* (Forner. 2. select. 18.) aliud receptum est in ju-

judiciis, in iis enim si quis oratione ambiguâ usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est. *l.66.ff.de judic.*

XV.

Ad l. 53. eod.

Pactum de quota litis non valet.

d.l.53.h.t.l.litem.C de procur. Ratio ejus rei à *Bart. & Dd. in l. 53.* redditur, quod pactum de quota litis inducat advocatum ad delinquendum. Nam cognoscens, se habiturum partem ejus, quod consequetur, etiam calumniosè advocabit. Quæ ratio mihi haud rem explicare videtur, stansque in meris præsumptionis terminis, ex quibus jus certum statuti non convenit, & si oculos attollere libeat, Advocatum anne virum bonû esse negabimus?

———————— Vir bonus est quis?

Qui consulta Patrum, qui leges, juraque servat.

Is autem est Advocatus, quapropter id quod viri boni officio vel maximè contrarium est, calnmniosè sc. litem persequi, de ipso præsumi non debet, cum & aliàs notum sit, quemlibet bonum præsumi, nisi de contrario probetur, quam præsumptionem contra *Bartoli* illa stat. Quin & *Bartoli* ratio eo quoque in casu durat, cùm sumptus litigandi facultatibus attrito prorogat. Nam & tunc stabit ex eadem præsumptione pro reo, & per fas nefasque ad victoriam grassabitur, ut sumptus quos suppeditavit, recipere possit, cùm tamen id honestum statuat *Ulpian.in d.l.53.h.tit.* Denique calumniosè licet advocatus & contra jus pro lite stet, retundet nihilominus eum facilè judicis prudentia, ut ne sic pars adversa per latus advocati peti possit. Ratio itaque alia adferri debuit, quam videtur adsignare JCtus. *Cajus in l.qui proprio.46.§.procurator.4. ff. de procurat.* Procurator ut in cæteris negotiis gerendis, ita & in litibus exercendis ex bona fide rationem reddere debet, *itaque quod ex lite consecutus erit, sive principaliter ipsius rei nomine, sive extrinsecus ob eam rem: debet mandati judicio restituere.* Quapropter cùm contra hanc bonam fidem sit pactio de parte litis, nec quod ex lite redactum est, ad dominum venire patitur, rectè improbata censeri debet.

Parumque his oberit, licet dixeris, & pactionem hanc non usq; adeò aversandam proposueris, quod in utramque partem par sit ratio dubii eventus, sive in hunc, sive illum, fiat pactum, & adeò neuter lædi videbitur. *l 1.c.de pact.l.11.C.de transact. l. si pater. 12. C.de inoff test.* quodque nec audiendus sit is, qui petit ex eventu id, cujus contrarium non fuerat in contrarium casum postulaturus. *l.pen.C de solut.* & ideò cum eventus litis sit & incertus, *l.1. ff.de transact.l.in summa.65.§.1.de cond.indeb.l.quod debetur.51.ff.de pecul.* facileque contingere possit, ut causâ cadat Advocatus, atq; ita litiganti prosit, sibi noceat, videbatur ex his, & pactionis hujus firmitatem stare posse. Sed incurrunt protinus substantiam rei, quæ non patitur quicquam pacti occasione penes Advocatum esse, ne spem quidem ejus quod ex lite redigi possit. Quæ ratio facit, ut pactio honorarii, quod & quotam litis egreditur non rarò, recipiatur, improbetur verò omninò litis quota. *l. 1.§. 12.ff de var.& extraord.cognit.*

XVI.

Ad l.61.h.t.

Valet pactum, ne quis poßit monumentũ in suo extruere, aut invito vicino alienare.

L.final.C.de pact.inter empt.l.1.§.si quis.ff.de aqua quotid.& æst.l. si ita 135. §.ea lege 3.ff.de V.O.l.3.C.de condict. ob. caus.dat. his tamen vehementer refragatur *d l.61.ff. h t.* sunt qui dicant eam per *d. l. final.C.de pact.inter emptor.* corrigi, quibus non usque adeò refragabor, si statuere non concedas *d. l. 61.* de pacto nudo loqui *d.l. fin.* de pacto in continenti contractui adjecto, imò sic dicendum *rubric.tit.de pact.* & principium *d. l. final.* in verb. *Si quis paciscitur vel in venditionis vel alienationis contractu*, ostendunt (*Wes.in π.n.6. h.t.*) alia est ratio pacti pignoratitii, de quo in *l.7.§. final.ff. de distract.pignor.* quam varia ejus lectio, & nobilis *Bartoli & Baldi* concertatio difficiliorem facit. (*Anton. August 4.emendat.17.*) Bart. putat legendum *nullam esse venditionem.* (*Bart. ad d. l. 61.de pact.*) econtra Baldus *nullam esse conventionem.* (*Bald.in l.si ita 235. §.ea lege. de V.O.*) subsisto.

XVII.Ad

XVII.

Ad l.final.h.t.

Prorogatio termini reo principali facta non liberat fidejussorem.

1. *L.si cum Hermes.C.locat.l.13.§.qui impleto ff. eod.* ubi dicitur, qui remansit post tempus finitæ condictionis in ædibus locatis, eum non tantùm reconduxisse intelligi, sed & pignora durare obligata. Sic idem ergò in fidejussore, cum pignoris & fidejussorum causa æquiparetur, *arg l.fin.C.de novat.* 2. Quia etiamsi nullà facta fuisset prorogatio, nihilominus tamẽ fidejussor remãsisset obligatus, quare per termini prorogationem non censetur, neq; dici potest liberatus, sed in primæva sua obligatione remanet, *Mynsing.6.observat.53.* 3. Quia prorogatio termini facta censetur cum omnibus qualitatibus & accessoris. *l.2.§.sed si judex, cum l.si judex. ff. de judic.* opponi solet *d.l.final.h.t.* verùm à separatis malè infertur, separata autem esse, Pactum de non petendo, & prorogationem solutionis, quis non videt. Magna hoc loco occurrit *ἀντινομία* inter *d.l.fin.h.t.& l.si unus.§.pactus.2.vers.eàdem.eod.* *In l fin.* verbis expressis fidejussori pacti exceptionem prodesse statuitur, quod totidem negatur in *d.vers.eadem* quid dicendum? Existimo *Paulum in d.l.si unus.§.pactus.vers.eadem.* non negare, pacti prioris exceptionem prodesse fidejussori. Jus enim quod semel debitoris pactione fidejussori acquisitum est, temerè ei auferendum non est, *d.l si unus.§ si cum reo h.t.* Verùm ut *vers.eadem.* præcedentibus cohæreat, magis modum investigare, quo scil. modo prosit fidejussori, utrum ipso jure, an ope exceptionis ipsi succurrendum sit. Quod evidentiùs probabitur, si scopum JCti penitius consideremus, qui totus in hoc est, ut ostendat, pacti non esse eam vim, ut ad instar stipulationis obligationem ipso jure tollere possit, quapropter si debitor, cui pactum factum est de non petendo, vult liberari, necessum pacti exceptionem opponat, in quibus terminis pergendo subjicit JCtus, *eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit*, nisi id opposuerit, saneque conciliationem magis magisque recipiet is, qui *d.l.fin.* in exceptionis pacti utilitate versari observaverit. Ad principalis

quæstionis resolutionem adde omninò *D. Colerum. p. 1. c. 10. n. 307. de Process. execut. Gædd. de contrah. stipul. c. 12. conclus. 10. n. 84. Gomes. tit. de fidejuss. n. 6. Fach. 2. controv. 88.*

An Tit. de Transactionibus.

XIIX.

Ad l. 6. d. tit.

Num d. l. 6. rectè ad titulum de transactionibus referatur?

Negat Ferret. *ad l. 3. §. cum transactio. ff. h. t.* & post eum *Cujac.* subjiciens falsam esse hujus legis sententiam, propter. *l. Lucius. §. ult. ff. ad SCtum Treb. & l. sub prætextu, C. de Transact.* (vid. *Jul. Pac. 2. ivavl. 13.*) contra quos affirmabo, propter *d. l. 3. §. cum Transact. & l. 12. ff. eod.* neque proba est eorum collectio *ex l. 1. ff. Testament. quemad. aperiant*, idcirco potius ad judicia referri debere, quia ejusdem cum *d. l. 1.* est sententiæ, & cur non concedimus in controversiis illis testamentariis, in quibus Prætor se inspiciendorum testamentorum copiam facturum pollicetur, pertinere? & cur non idem in transactionibus admittimus? an quia, ut *Bartol.* dicit, Transactio fit super dubio, *l. 1. h. t.* Sed inspectis verbis testamenti nullum est dubium. (*R. Gloss. ad d. l. 6.*) vel quia, ut *Ferret.* ait, *d. l. 6.* vult exquiri veritatem, quod nullam habet cum transactione communionem. Sed fallitur considerando rationem *l. 8. eod. tit.* (*Wesemb. in π. n. 5. h. t.*)

XIX.

Ad l. 8. eod.

De futuris alimentis inhibita est Transactio. Quæritur an & pactum?

Negant *Conan. & Donell.* 1. Quia Oratio *D. Marci* loquitur tantùm de Transactione *d. l. 8. eod.* 2. Quia in pacto non est similis ratio. In Transactione enim aliquid accipit alimentarius: In pacto nō item. Transactio ergò prohiberi debuit, quia præsentis lucri illecebra facilè alimentarium ad transigēdum allicere potest.

test. Concedi verò pactum, quia nullum illius apparet invitamentum. *Alii affirmant*.quos sequor, & secundo argumento per inversionem utor. Major est prohibitionis ratio in pacto, quàm transactione.quia paciscendo nihil accipit,*l.1.de Transact.*Transigendo verò aliquid, atque ita defuncti voluntate ex parte satisficeret hæc enim est ratio prohibitæ transactionis, ergo multò magis prohibẽda erit pactio.2.Quoties prohibita est transactio, toties & pactum *1.sentent. Paul.1.in pr.*atque ita & priori argumento dissentientium facilè respondebis.

XX.

Ad l. 10. eod.

An pater de bonis filii adventitiis possit transigere.

Affirmant plurimi, quia potest tutor in bonis pupilli *l. præses C.de transact.2.arg.l.4 vers.non tantum* ibi:*Non est vituperanda cogitatio ejus qui lites execratur. ff. de alienat.jud. mut. caus.* 3. Quia non potest de re filiorum quos in potestate non habet.*d.l.10.ff.h.t.*Ergò à contrario poterit de eorum rebus.qui sunt in potestate transigere,(*Iason.in d.l.Præses.C.h.t.Pinel ad l.1.p.3.n.44. & seq. Cod. de bon.mater.*)

Negant alii,quia alienatio parenti est prohibita,*l.1.C. de bon.mater.*cujus species est transactio.*l. non solum.C.de præd. minor.* 2.Quia usu fructuarius non debet jus domino intervertere *l.ult. §.fin autem non habeat. C.de bon. quæ lib.* (*Cujac.ad d. l.10.ff.h.t.post.Salic.ad l.12.C.eod.*)

DISPU.

DISPUTATIO QUARTA.

AD

L. Transigere Cod. de Transf.

R. SEBASTIANO GEPFART, Uratislavienfe Silef.

Thesis I.

Qui transigit: quasi de re dubia, & lite incerta, neq; finita transigit. Qui verò paciſcitur: donationis cauſam rem certam & indubitatam liberalitate remittit.

Lex Ulpiani 1. de tranſact. Conſentiunt βασιλ. *l. 11. tit. 2. fol. (mihi) 143.*

2. Ex quo loco communis ad hanc l. orta eſt interpretatio, ut is dicatur tranſigere, qui non gratis de re incerta paciſcitur, Paciſci, qui gratis de re certa.

3. Diſplicuit *Duar. in l. 1. §. conventionis de pactis Ruſſard. in d. l. 1.* qui aliam verborum interpunctionem ſtatuunt, ut ſcilic. verba Donationis Causa, jungantur cum verbo Paciscitur, non ut vulgò cum verbo Remittit, atque ita rectè eos ſentire ſcribit *Donell. ad rubr. tit. C. de transact. n. 12.*

4. Credo *communi* opinionem nimis evagare, & interpunctionem *Duareni* non eſſe neceſſariam.

5. Nec enim ſublimis ingenii *Ulpian.* cujusvis pacti & transactionis differentiam collimavit, ſed ejus ſaltem, ut ex oppoſitione tranſactionis liquidò apparet, per quod à lite receditur.

6. Ut

6. Ut sensus sit. Eum transigere, qui mota lite non gratis desistit. Pacisci verò qui gratis, litem futuram remittit.

7. Nec quempiam turbet. Litis eventum dubium dici *l. quod debetur 52. de pecul.* Ulpian. verò loqui de pacto rei certæ & indubitatæ. Nam, ut diximus, de futura lite loquimur, quo spectat verbi REMITTIT acceptio, quæ certa & indubitata animi destinatione esse poterit.

8. Qua veluti præmunitione constituta dicimus: TRANSIGERE, semota lite, & non gratis, vel PACISCI, de futura lite & gratis, DE CRIMINE CAPITALI, EXCEPTO ADULTERIO, PROHIBITUM NON ESSE, IN ALIIS AUTEM PUBLICIS CRIMINIBUS, QUÆ SANGUINIS POENAM NON INGERUNT, TRANSIGERE NON LICERE, CITRA FALSI ACCUSATIONEM.

d. l. transigere 18. C. de transact.

9. Græci duas ejus constitutionis regulas faciunt, *lib. Basil. 11. tit. 2. c. 1. n. 26.* De his (inquiunt) quæ sanguinis pœnam irrogant, rectè transigimus, excepto crimine adulterii. Quæcunque verò pœnam sanguinis non ingerunt, in iis transactio non valet, citra crimen falsi.

10. Quas commodioris ordinis gratia recipimus, utramque suis decoratam quæstionibus, quantum instituto nostro satis videbitur, propposituri.

11. Prima ergò hæc sit regula. DE HIS QUÆ SANGUINIS POENAM IRROGANT, RECTE TRANSIGIMUS, EXCEPTO CRIMINE ADULTERII.

12. *Franciscus Hotomannus*, quem hominem eruditum, & omni literarum genere excultum alibi nominat *Duarenus*, nisu haud probabili novam quandam hac in re τὴν νομικὴν opinionis errore confingens, putat regulam prædictam omninò immutandam esse.

13. Et *d. l. transigere.* contextum aliter ac vulgò solet, concipi debere: hoc scil., modo TRANSIGERE VEL PACISCI DE CRIMINE NON CAPITALI, EXCEPTO ADULTERIO, PROHIBITUM NON EST. IN ALIIS AUTEM PUBLICIS CRIMINIBUS, QUÆ SANGUINIS POENAM INGERUNT, TRANSIGERE NON LICET, CITRA FALSI ACCUSATIONEM.

14. Rationes quibus inductus, regulam nostram impugnat,

hæ sunt. 1. Quia lædi Respublica per ejusmodi pactiones videtur, cum ejus intersit, atrocia & capitalia crimina punire, *l. ita vulneratus 51.§.ult.ad l. Aquil.* 2. Quia qui accusationem deserit in SCtum Turpilianum incidit ex *l. 6. l. 15. ad SC. Turpil.* cujus pœna est infamia, mulcta pecuniaria, & extraordinaria coërcitio, *l.2.C eod.l.3.de prævar.* 3. Quia qui accusant, cavent se perseveraturos usque ad sententiam & pœnæ Talionis subjiciuntur *l. si cui.7.de accusat.l.fin.eod.* 4. Quia de publicis causis inhibita est transactio, de iis enim rebus pacisci tantum possumus, quæ (ut Ulpian.ait) ad rem familiarem pertinent. *l.7.§. si paciscar.de pact.* 5. Quia qui ob non accusandum pecuniam accepit, concussionis tenetur, *l.2.de concuss* & quasi turpem quæstum fecerit, ab accusatione removetur, *l.qui accusare.2.de accusat.* 6. Quia cum reus adversario pecuniam dat in causis aut publicis aut privatis, litem perdit, *l.2 de condit. ob turp. caus l.1.§.2. de calumniat. l.1. C.de pœn.jud.* 7. Quia qui pecuniam dat, crimen confiteri videtur, *l.5. de his qui not.infam.* non est confessi (*Ovid.2.de Ponto eleg.2.*) causa tuenda rei. Virgil.2.Æneid.

15. -------- Qui quantum ipse feroci
Virtute exuperat, tanto me impensius æquum est
Consulere, atque omnes metuentem expendere casus.

16. Prudens *Platonis* monitum est. Mutationem omnibus in rebus præterquam malis, periculosissimam esse: in temporibus omnibus, in ventis, in diæta corporis. In moribus animorũ.

17. Addo in Legibus, quæ tantò sollicitus sartæ & tectæ conservandæ sunt, quantò majus ex earum mutatione in hominum societate & Republ. periculum oriri possit.

18. Unde quæsitus aliquando *Pausanias*, *Plistonactis* filius, quamobrem apud *spartanos* nefas esset ullam priscarum novare legum: Rectè respondit: quoniam legibus convenit autoritas in homines; non hominibus in leges.

19. Ratio autem constituti Juris est, quoniam tenenda ea est via, ut *Seneca* verbis utar, quam natura præscripsit, nec ab illa declinandum: illam sequentibus omnia facilia & expedita sunt: contra illam viventibus & jubentibus, non alia via est, quam contra quasi flumen navigantibus. Natura autem duce in-

insitum cuique scimus, ut se suumque corpus tueatur, & quæ nocitura sunt, declinet *l. 3. ff. de Just. & Jur.* suumque sanguinem, quibus potest modis, redimat *l. 1. de bon. eor. qui ante sent.* Ita igitur legis norma, quod *Cic. 2. d. ll.* jubet, erit, à qua si quis deflectat, ab illa ipsa principiorum quæ nobiscum nata sunt, notitia deflectere fateatur, necesse est.

20. Quin si hanc in criminibus capitalibus transactionem averseris, inconveniens hoc sequetur. Reum videri sibi ultrò manus quasi intulisse, & suo semetipsum jugulasse gladio, confitendo quasi delictum. Jus autem quod ars æqui & boni est, neminem in spontaneum exitium egisse aut circumvenisse putandum erit, *Conan. 5. comment. 7 n. 2.*

21. Neque id primùm à *Diocletiano & Maximiano d. l. transigere*, autoribus constitutum est, verum jam ante responsum ab *Ulp. in l. final. de prævaricat.* & ab *Imp.* decretum in *l. 1. de bon. eor. qui an sent.* ita ut si in *d. l. transigere.* constitutione licentiam corrigendi & immutandi tibi sumpseris, eandem quoque in dictis legibus, quod temeritatis & vanitatis summæ fuerit, assumas, consequens planè erit.

22. Nec in contrariam nos rapient opinionem viri docti argumenta. Quod enim 1. de delictis adfert puniendis, ad nos minimè pertinet, nec enim per transactionem aut pactionem, impunitatem delictorum fovemus. Ovid. 2. Fastor.

Ah nimium faciles, qui tristia crimina cædis
Fluminea tolli posse putatis aqua.

Quin etiam de eodem crimine accusare cuivis è populo permittimus *in pr Inst. de pub. judic l. 3. §. penult. de sepulch. viol. l. qui casu §. fin. ad l. Jul. de vi pub.* ac magistratui de officio contra ipsum procedere concedimus adeoque. Manil. lib. 5.

Quæsitor scelerum veniet vindexque reorum,
Qui commissa suis rimabitur argumentis.

Commune enim, h. e. omnibus pactis & transactionibus, ut personas paciscentium non egrediantur aut aliis præjudicent *l si reus. §. ante omnia de pact* ut sic multis modis etiamnum ad pœnam deveniri possit, eleganter *Chrysost.* super Matth. cap. 1. Reus (inquit) etsi semel evaserit, potest iterum perire. Quod secundo

loco opponitur *ex l.6.& l.15.ad Turpil.* facilimè ex conjunctione *d.l.final.de prævaricat.* resolves, qui destitit, in SCtum Turpil. incidit *d.l.6.l.15.* nisi causa sanguinis vertitur *d.l.fin.* 3. Objectio Regulam continet *ex l.7.§.1.de accusat.* Cui addenda est exceptio, *nisi partes transegerint.* Nam si ejus generalitatem urseris, sequeretur, nequidem abolitionem concedi posse, quod tamen falsum est, *l.15.ad Turpil.& tot.t.C.de abolit.* Quarto loco positum objectum nos confirmat, quia non transigitur de publicis causis, sed saltem jure privato, quod accusatori competit, atque sic ex Ulp. doctrina de causis ad rem familiarem pertinentibus interposita est pactio *d.l.2.§.si paciscar.de pact.* 5. Objectionis vis ex eo corruit, quod non *d.l 2.de concuss.* de sanguinis causis loquatur, sed de non capitalibus, consentiunt, *l.1.§.1.l.2.de calumnia l.1.§.1.ad l.Cornel.de fals.* eodem modo resolvitur, quod pro sexta objectione allatū est, ut apparet ex *l.1.C.de pœna jud.l.2.ff.de condict. ob turp.caus.d.l.1.§.1.de calumniat.* Ultima objectio resolvitur ex favorabiliore præsumptione. Reum sc. litium & molestiarum gratia; non conscientia facti criminis transegisse censeri. Loquitur ergò *d l.5.de his qui not.infam,* ut judicat *l 4.§.fin.eod.* de non capitalibus.

23. Quibus ita discussis. Primum quæritur, Quid criminis capitalis in l noſtra appellatione veniat?

24. Et quidem motum est, crimen capitale plerunque dici cujus pœna Mors est, aut ei comparanda servitus, aut exilium, ut enim morte quis ex numero hominum tollitur, sic duobus posterioribus, ex numero civium Romanorum tollitur, & civitati pro mortuo est.

L.2.de publ.judic.l.33.§.publica de procurat.l.2.de pœn.l.23.de bon.possess.l.4.si quis caut.l.14.§.15.de bon.libert.l.10.de jure Patronatus.l.33.§.pen.de fidei commiss.libert.l.10 §.si liberta de in jus vocando.l.5.§.si quis à libert de liber.agnosc.l.22.de his quæ ut indign.l.ult.de bon.lib.l.11.§.ult.de pœn.l.1.l.23.§ excipitur de ædil.edict.

25. Non ignoro quoq; latinè loquentibus, omnem causam existimationis capitalem dici.

L.103.de V.S. ut apparet ex orat.Cic.pro Quint.

26. At in l.nostra pro eo crimine accipitur per quod mors infertur, ut argumento sunt verba sequentia, *Quæ sanguinis, &c.*

L.

L.1.de bon.eor.qui an.sent.l.fin.de pravaricat.l.fin. C. de Jude.

27.Facit, quod in inferendis pœnis, proprietas sermonis maximè sit attendenda, *l. cum lege de testam.* Ideò Caracall. Imp. cum magnum illum Papinianum gladio feriri jussisset, isq; securi percussus esset, meritò lictorem objurgavit, Oportuit, inquiens, te gladio exequi jussum meum. Nemo autem tàm rerũ ignarus est, qui sanguinis pœnam propriè ad mortem naturalem, quam *Aristot.in lib.de morte* recessum animæ à corpore finivit, spectare nesciat.

28. Hinc lucem capiunt plurimæ circa l. nostram tractari solitę Quæstiones. I. An regula nostra in fustigatione obtineat? *Jul.Clar.§.fin q.58.n.2.* dicit, affirmativam communem esse, quia per fustigationem sanguis emittitur & capitalis pœna esse videtur, *l.aut damnum §.hostes de pœn.* Romanus *in h.l.n.9.* dicit, negativam esse communem quam sequor, per tradita *in th.24.& 26.* nec ullibi fustigatio pro capitali pœna accipitur, accedit, quod Pontifices hac pœna utantur *c. 1. de calum.* qui tamen sanguinis pœnam non possunt infligere, *c. in Archiepiscopatu extr. de raptoribus c. sententiam sanguinis. Ne Clericus vel Monachus, &c.*

Non Obstat. I. Argumentum contrariæ opinionis, quoniam non sanguinis effusionem, sed mortem consideramus. Nõ alterum ex *d.l aut damnum §.hostis*, quia loquitur de ea fustigatione, quam mors sequitur, ut cum milites fustuario puniuntur. *Alexander ab Alex. II. genial. dier. 13.* quod supplicium hunc ordinem habuit, si miles aciem reliquisset, Tribunus accepto fuste damnati caput attingebat, quod postquam factum erat, omnes qui in castris erant fustibus lapidibusque eum conficiebant. *Roding.lib.10.c.5.* Olim quidem in principio urbis pro delictis gravioribus, si pœna mortis reis infligenda esset, virgis primum affecti, post necabantur. *Liv.decad.1.lib.2.* de Bruti Consulis filiis agens inquit: Consules in sedem processere suam, missique lictores ad sumendum supplicium, nudatos virgis cædunt, securique feriunt. At postquam *M. Portius Cato* legem tulit, ne quis civis Romanus verberibus necaretur, sed ex delicto in exilium mitteretur, fustigatio saltem in non morte dignis delictis mansit, exceptis casibus, quorum unus est in *d. l. aut damnum §. hostes de pœnis*, alter ex *l.12.Tabb.* in eo Qui Occentasit Casmenue

CONDUIT QUOD ALTERI FLAGITIUM FAXIT, de quo clariss. *Scipio Gentil.2.παρεργ.30.* quo spectat *Horat.2.Epist.ad August.*

——— Quin etiam lex
Pœnaq; lata, malo quæ nollet carmine quenquam
Describi, vertere modum formidine fustis.

Licet *D.Scipio* non pœnam legis nomine fustis, sed privatam vindictam intelligat. Puto tamen rectius & Poëtæ menti convenientius esse, ad fustigationem lege constitutam, totum id referre quod & Acron voluit, nos autem in quæstione proposita loquimur de simplici fustigatione, quæ mortem secum non trahit, de qua passim JCti agunt *l.5.§.minuitur 2.de extraord.cog. l.ult.de furt. l.ictus fustium de his qui not.infam.*

XXIX.

An in membri mutilatione?

Communiter affirmatur *Cyn.Alber.Paid.hic Clar.d.loco n.7.* quia membri mutilatio capitalis pœna esse dicitur *N.122.c.ad hoc prohibemus*, Displicet per *thesin 24.26.* nam membro amputato, homo nihilominus manet incolumis, qua de re agunt *Alciat.in l.103.n.3.de V.S.Menoch.arbitr.jud.q.86.n.9.*

XXX.

An in pœna perpetui carceris?

Affirmat *Panor.in c.1.*de collus.deteg. Quoniam pœna perpetui carceris æquiparatur servituti, *l.2.de l.hom.ex.* Servitus autem morti similis est *l.servitutem de R.J.* Stat contra Panor. *communis* conclusio, quam sequor *Paid.n.15.hic.* Cum ex juris Civilis constitutione carcer non ad macerandos vexandosque homines, sed continendos saltem inventus sit, *l.aut damnum de pœn.* ut dum in suspenso animus judicantium est, rei delati sint sub tuta custodia, *l.1.C.de custod.reor.* quare pœnali judicio coërcetur, qui victum vel stratum reo inferri non pateretur *l.si victum 34.ff.de re jud.* nec ad infamiam carcer sufficiens sit, *l.1.ex quibus causis infam. &c.* Non officit, quod non uno loco carcer pœna appellatur *l.2.C.de custod.reor.l.3.ff.eod.l.1.§.fin.de aleat.l.28.§.ad statuas.de pœn.* quoniam ex *Platonis* sententia, si carcerem alium detentionis, alium castigationis, alium supplicii consideraveris res expedita

est

est benè *Petr. Gregor. Tholos. 31. syntagm. 33. n. 14.* quamvis nec eo in casu, cum pœna carcer sit, transactio possit obtinere, *arg. d. sup. in th. 24. & 26.*

XXXI.

An in causa honoris?

Affirmant *Aret. & Purpurat.* 1. Quia hæc causa capitalis est, *l. licet 103. de V. S.* 2. Quia vitæ comparatur *l. justa de manu vind* eleganter *Augustin.* in c non sunt audiendi *11 p. 3.* nobis necessaria est vita, aliis fama nostra. Negant *Alciat. n. 43. Paid. n. 34.* hic quoniam propriè loquendo fama secum vitam non trahit, & vita semel amissa recuperari nequit. Fama etsi difficilius ut *Hieron. ad Marcell.* scribit, tamen rumor falsus tandem opprimitur, & vita posterior indicat de priore, si anno præterito fama mentita est, aut certè verùm dixit, cesset vicium, cessabit & rumor.

XXXII.

An ubi pœna non est expreßim determinata, sed judicis arbitrio imponenda venit?

Quæstionis hujus decisio pendet ex eo. An judex in arbitrariis in pœnam mortis procedere possit? *Mar. in disp. 3. n. 14.* dicit, id Cæsarea decisione egere. pro negativa sic arguit. *Felin. in c. inquisitionis de accusat.* non est dare majorē pœnam morte, juxta illud: Terribilium ultimum est mors, at judex habens arbitrium non potest imponere æqualem pœnam pœnæ similis delicti. E. nunquam pœnam imponet mortis, quia esset imponere æqualem. Puto judicem diligenter circumstantiis consideratis, posse ad mortis pœnam procedere, si delicti gravitas id postulaverit *l. respiciendum l. hodie de pœn.* Casus est in *l. lex Julia §. hodie ad l. Jul. repetund l. Saccu'arii. §. sunt quædam de extr. crim. l. 12. C. de his qui latrones occult* Ex quo nunc ad propositum facilis erit responsio, si verosimiliter ex delicti atrocitate veniat infligenda capitis pœna, licita erit transactio, alias non item.

XXXIII.

An in parricidio?

Nemo equidē à me lectus hoc negare ausus fuit, plurimi tanquam

XXXV.

An & ante institutam actionem pactio permissa sit?

Negant communiter ut post *Alexand.* hic testatur *Clar.* d. §. fin. q. 58. n. 2. Affirmand. est. Quia si sit verosimilis malæ sententiæ metus, obtinet ratio *dict. leg. 1. de bon. eor. qui ante sentent.*

XXXVI.

Sequitur exceptio quam Dioclet. & Maxim. in crimine ADULTERII *constituunt.*

Ratio dubitandi permagna I. De criminibus capitalib. permissa est transactio. Adulterium autem capitale est, idq; quidem ex l. Romuli, cujus verba hæc esse accepimus. *Adulterii convictam vir & cognati, uti volent, necanto.* Balduin. in comment. in leges Romuli l. 15. licet eum secutus *Numa Pompilius*, si Festo Pompejo lib. 4. de V. S. credimus, aliter de adulteriis constituerit, verba legis hæc ex *Gellio* 4. noct. Attic. 3, refero. Pellex asam Iunonis ne tangito. Si taget Junoni crinibous de demissis arnū fœminam caideto. Utraq; lex de fœminis concepta est, quod ratione nō caret, quia in iis juxta mores hominum plus castitatis, quàm maribus requiritur, quod pulchrè confirmat, *Corn. Agrippa in Libello de Nobilitate & praecellentia fœminei sexus, &c.* Versiculo. Porrò natura plus verecundiæ &c. quo spectat Lex vetus de jure occidendi mulieres: In adulterio inquit. Uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares, illa, si adulterares digito non auderet contingere: neq; jus est *Gell. 10.* noct. Att 15. neque in urbe ad Augustum neque certa de viris lex constituta videtur quod ut credam *Cic. 2.* de LL. facit, nec si inquit, regnante Tarquinio, nulla erat Romæ lata ex de stupris, iccirco non contra illam legem sempiternā Sextus Tarquinius vim Lucretiæ Tripticini filiæ attulit &c. non ignoro extra ordinem interdum in viros animadversum esse. Unde *Jul. Cæsar.* libertum sibi gratissimum ob adulteratam equitis Romani uxorē, quamvis nullo accusante, capitali pœna affecit, ac de lege certa nos agimus, *Valer. Maxim. lib. 6. c. 1.* quin nec mulierum eandem fuisse pœnam *ex Livio* 1. dec. lib. 10. constat. Augustus verò Imp. huic crimini in sexu

utroque pœnam constituit capitalem. *§. item l. Julia de adulter Instit. de publ. jud.* confirmat *Plutarch. in Apophth.* quamvis pœnā non exprimat, cum legem Juliam, inquit, de adulterio tulisset, in qua definitum erat; quemadmodum reorum causa cognoscenda, & quemadmodum vindicandum esset in compertos: inde ira elatus juvenem ob stupri cum filia sua Julia consuetudinem infamem manibus pulsaret: vociferante illo: Legem sanxisti Cæsar, &c. & *Sextus Aur* indicat. Cumq; esset luxuriæ serviens, erat tamen ejusdē vitii severissimus ultor: more hominum qui in ulciscendis vitiis, quib. ipsi vehementer indulgent, acres sunt, quib. inerudita eorū convincitur dubitatio, qui *Julium Cæsarem* legis Juliæ autorē opinantur, quos præter jam dictos imprimis *Suetonius* in August. refutat qui inditum & Juliæ nomen in honorem Cæsaris I. innuit. Rejicitur & ex his aliorum sententia, qui diversimodè capitalem pœnam à diversis Imperatoribus constitutam acerrimè statuunt. Nam primum mihi ab ipsis expetendum, cur textum satis clarum *d. §. item lex Julia* aversentur? An quia à Triboniano interpolatum? id si negavero, quid clypei loco habebunt? An quia sæpiculè legibus deportationis & relegationis pœnæ mentio injicitur? qua in rē ferrei sunt nostri, sed nec hoc multum, fuit ab Augusto capitalis pœna, sed non ea semper frequentata lenitate subsequentium Impp. quam postmodum rursum non introduxit, sed languescentem & semisepultam in lucem usumque revocavit *Constant. l quamvis 30. C. ad l. Iul. de adult.* & mirum si non optimus ille Poëtarum *6. Æneid.*

Quique ob adulterium cæsi,

Pœnam capitalem intelligat, quanquam nimia interpretandi licentia aliò id flectere conati sunt plurimi, quos miror non in eū sensum multa notâsse ex *Valer. 6. c. 1.* Videtur autem nobis adversari *Augustin.* cujus hæc sunt 3. de civit. Dei c. 5. verba: Romani antiqui in stupro detectas vestales, vivas etiam defodiebant, adulteras autē fœminas, quamvis aliqua damnatione: nulla tamen morte plectebant sed facilem is ex superioribus, ante Augustum post Romulum tempora considerando, intellectum recipit.

XXXVII.

Ratio decidendi, & prohibita de adulterio

rio transactionis consistit in frequentia, summa delicti turpitudine, & admissi gravitate.

Ante Augustum, Lusus erat sacræ connubia fallere, tadæ, ut nescio quis ait. Non autem ignotum est, Crescentibus delictis, eorum quoq; pœnas exasperandas esse, de qua *Sueton* in August. de turpitudine & gravitate summa, præterquam quod variarum gentium institutis constet, *Alex ab Alex.* IV. Genial. dier. 1. Ignotum quoque non est, hac parte si peccetur, adulteram offendere Deos natalitios, (sicut *Pythag.* in lib. de Tempora, mulier. eleganter philosophatur) ut quæ domui & cognationi non germanos auxiliatores, sed spurios exhibeat, quin etiam perfida est erga naturæ Deos, per quos juraverat, unà cum parentibus & cognatis suis se conjuncturam legitimo cum marito ad vitæ communionem, & liberorum procreationem. Et in patriam quoq; peccat, non persistens in ejus statutis. *Phil.* quoq; *Judæus* in libro de Decalogo non minus verè quàm eleganter ait: Adulterio tres subvertuntur familiæ, is cujus cõjugium violatur, nuptialia vota perdidit, & spem prolis legitimæ: nec minus incommodi accipiunt reliquæ duæ domus adulteri & adulteræ? quandoquidem ambo replentur, dedecore, contumelia, probis que turpissiis, & quoties parum integrè servatur uxoris pudicitia, verus pater cognosci non potest. Itaque tum res in obscuro latet, adulterini subrepunt pro legitimis, alienarum familiarum sinceritatem depravant, hæreditatem uti tunc videtur paternam alioquin nihil ad se pertinentem, usurpant. Trahit insuper adulterium secum alia nefandissima crimina, quod verbis *Auctorum ad Herenn. lib. 4.* confirmo. Majores, inquit, nostri quam impudicam judicarunt eam veneficii quoque damnatam existimabant: quia necesse est eam quæ corpus suum addixit turpissimæ cupiditati, timere permultos, virum parẽtes, cæteros ad quos videt sui dedecoris infamiam pertinere, quos verè tantoperè timeat, eos necesse est, ut quoquo modo possit veneficio petat. Quia nulla potest honesta ratio retinere eam, quã magnitudo peccati facit timidã intemperãtia audacem, natura muliebris inconsideratam. Sane *Lycurgus* usq; adeò turpe flagitium adulterium censuit, ut neminem Spartanorum in ejus cogitationẽ impulsum iri crediderit, quare & nullã de adulteriis pœnam constituit. Unde *Geradas Spartian'* à

quodam hospite rogatus, qua pœna plecterentur adulteri, respondit, nullus apud nos adulter est, cum iterum hospes subjecisset, quid si existat? Dabit inquit Geradas tantùm bovem, uti porrecto collo ultra Taygetum montem bibat ex Eurota. Hospes autem ridens cum dixisset. At fieri non potest, ut tantus bos reperiatur: Et quo pacto inquit Geradas, Spartæ esset adulter, in qua otium, divitiæ, & deliciæ, & corporis cultus probro habentur. Prudenter intellexit Geradas, ibi non nasci posse adulterium, ubi non admitterentur vitiorum seminaria.

XXXVIII.

Quæritur an idem in raptu dicend. sit? Affirmo.

Etsi rapuerint nuptas, quia duplici tenentur crimine, tàm adulterii (scilicet) quàm rapinæ *l. unic. §. quæ multò 2. C. de rapt. virg.* nullum poterit esse dubium. Si virgines verò rapuerint, major est dubitatio. Sed pro nostra opinione hæc sunt *ex dict. l. unic.* deprompta fundamenta. I. Quia denegetur omnis appellatio, quæ est juris naturæ *l 3. de Iust. & Iur.* nec Diabolo, ut nostris fandi mos est, deneganda juncta ratione *l. 1. de appellat.* E. multò magis transactio. II. Quia conscii hujus criminis capitali pœna subjiciuntur. Transigens autem cum raptore quin sit conscius, negari non potest. III. Quia parentes qui dolorem remiserint, deportatione plectuntur. Ergo inhibita transactio, ratione *l. Gracchus C. ad l. Iul. de adult.*

XXXIX.

In stupro.

Scio graves viros id velle, à quibus hoc nobis expetendum est, ut primum inquirant stupri pœnam, quæ si capitalis nō est, *§. item l. Iulia. de adult.* qua ratione id à Regula nostra, in qua de criminibus capitalibus agitur, excipient? Notum n. nostrorum brocardicum, exceptionem de Regula esse debere, *l. 1. ibid. Decius. & Dd. de Reg. Iur.*

XL.

Succedit l. nostræ regula altera: In Aliis Au-

Autem Publicis Criminibus, Quae Sanguinis Poenam Non Ingerunt, Transigere Non Licet.

Ratio siquidem *d.l.1.ff.de bon.eor.qui ant.sent.* in contrarium acta aliud jus omninò operari debet, *arg. l.illud ad l.aquil.cum simil.* Hotom.tamen dicto loco, hanc quoq; ut superiorem regulā invertit, motus *l.7.§ si paciscar.l si unus 27.§.pacta de pact.itemq; l.1.§. sed & de calumniat.* ubi *Ulp.* ait; non esse transactionibus interdictum, sed sordidis concussionibus, *l.nec timorem. 7.§.1. & l.seq.ff. quod metus causa l. auxilium.37. ff. de minor.* de quibus inter disputandum. XLI.

Quam rectißimè nostri ad pactionem extendunt.

Transigendi enim verbum generale est, & ad omnes species pertinet, quibus cōtroversiæ decidūtur, atque finiuntur & jurejurando transigi negocium dicitur *l.31.in fin.ff.de jurejur.* Senec.in præfat.lib.7. declamat. Placet, inquit, tibi rem jurejurando transigi. Et sententia transigi *l.13.§.pœna gravior.ff.de his qui not.infam.1.§.sicut ad Turpil.l.5.ff de decurionib.l.15.Municip.* ita transigi negocia accipimus *leg.2.ff si quis caut.l.1.§.3. de pact.* & velut pacto transegisse videtur de credito qui contentus fuit pignora possidere *l.15.§.pignora de re judic.* item transegisse videtur cum possessore: qui jurejurando litem æstimavit, eo pretio quo ipse constituit *l.46.ff.de rei vind.* Pertinet ad hujus rei cōfirmationem à *Paulo* 1.sentent.1.tradita Regula, ut valdè miter, nonnullos in contrarium actos esse, quibus forsan pro ratione fuit tantum illud, unius membri expressionem, alterius exclusionem esse, *arg. l.2. de judic.* quod facilè repelles considerata ratione, *l. Titia 134.§. idem traditur de Verb.Ob.* XLII.

Citra Falsi Accusationem.

Quod Græci d.lib.βάσιλ.11.explicant ut crimen falsi excipiatur. ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τύποις ἐκ ἐρρώτηται ἡ διάλυσις: χωρὶς δὲ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος.

Quorum ſententiam exceperunt poſtmodū Latini, res dependet cùm ex aliis, tùm præcipuè ex particulæ CITRA vera interpretatione. Non mihi nunc in eorum locorum explicationem inquirere libet, quæ à noſtris pro exceptivæ ſignificationis vi adferri ſolēt, ſufficiet ſaltē obſervaſſe, quid Imperatoribus & ICtis regulariter in uſu ea ſignificari ſoleat, & huic loco magis conveniat Ergò cum nulla certior poſſit interpretandi ratio deſumi, quàm quæ oritur, ex ejus uſu qui verbum protulit: obſervari ab iiſdem Diocletian. & Maxim. vocabulum Citra non pro *præter*, quæ exceptionis vis eſt, ſed pro ſine uſurpari in *l. ſi ex pretio 6.* ibi vinculum ſtipulationis *C ſi cert. petat. l. 10. de proc. l. 24. Cod. de R. vind. l. 15. Cod de Iur. dot.* Contendo etiam non aliter à ſplendidiſs. *Papiniano* accipi in *l. fin. ibi* citra periculum *ff. de pub. jud. l. 1. § ff. 1. de pign. l fin. de in diem addict.* nec aliam agnovit ſignificationem puriſſimus *Ulpian. in l. ut ſic 31.* ibi citra ſocietatem, *ff. pro ſocio*, quin etſi hiſce tam claris teſtimoniis deſtitueremur, quæ circa vocabuli ſignificationē extant, nō tamen communis acceptio refragante ſcil. jure aperto recipi poſſet, & ne ab aliis benè dicta reiterem, dandum nobis hoc opinor erit, crimen falſi ſi excipi dixerimus, ſic excipi ut ſub regula ſua, ſi exceptum non eſſet, comprehendi poſſet. Atqui nunc mihi conſtat crimen falſi capitale eſſe, & ſanguinis pœnam interdum fovere, *leg. ubi falſi 29. Cod ad l. Cornel. dd. Falſ.* Regula autem concepta eſt de criminibus non capitalibus. Verum ſic inquies, incurrimus id quod maximè vitare voluimus, trāſactionem de falſo licitam eſſe, ſed de eo mox ſubjiciam, ſufficiet demonſtraſſe, exceptionem hanc de regula non eſſe. Nunc reſpondeo de falſo ſi conſtet, ex qualitate criminis capitalem falſariò irrogari poſſe pœnam, nihil impedimento eſt quò minus permiſſa ſit tranſactio, *l. 1. de bon. qui an ſent.* aliàs non item. Atqui ne ſic dici poſſe, *Jacob. Cujac. 6. obſ.* contendit: qui regulariter de falſo id permittit, motus *l. 2. C. de iis quibus ut indig. l. 7. C. de falſi l. pen. D. de transact.* de quarum legum intellectu edocebit Diſputatio. Sine falſi accuſatione itaque non licebit tranſigere, adeò ut ſi contra fecerit reus, in SCtum Turpilianum incidat, quod latiùs explicat *Don. hic n. 17.*

DISPUTATIO QUINTA.

℞. JOHANNE-FRIDERICO STROMERO
Vinarienſi.

Ad l.1.§.2.ff.de poſtulando.

THESIS I.

AN Advocatus peritiâ Juris inſtructus eſſe debeat?

Negat id *Gloſſ.in d.l.1. §.2. verb.exponere. h. t. & gloſſ.in L.2.ibid.Bald.& Salicet.C.eod.* ſequitur *Joh.de Plat.L.expertes. 6. C.de decurion.* moti argumento eo, quod *Gloſſa* habet *in d.§. 2.* quia Judex poteſt eſſe indoctus. *L.certi 17. C.de Judic.* E. & advocatus, quod confirmari videtur *ex Aſcon.in Verr. Cicer.* qui differentiam hanc inter advocatum & oratorem eſſe innuit: quod ſolus orator cauſam agat, advocatus verò ſaltem præſentiâ propter authoritatem, aut gratia adeſt *Gipban.ad rubr. h.t.* Verùm Affirmativa opinio verior eſt. 1, quia literarum cognitionem requirit *L. 2. C. de poſtul.* 2. quia advocatus examinari debet à Doctoribus *L.nemini 11.§.1. verſ. Juriſperitos. C. de advoc. diverſ.judicior.* Unde apparet (*inquit Bartol.*) quod literatus eſſe debet. 3. quia advocati interdum ſunt oratores *L.33. §. 1.C.de Epiſc.& Cler.* nonnunquam Rhetores *L. 2. §. 9. C. de vet. jure enucl.* appellantur, quibus nominib. homines indocti inſigniri non ſolent. Accedit authoritas *ordinat.Cam.Imp.tit.* Von Perſonen der Advocaten vnd Procuratorn. *18 inpr.* Et non obſtat argumentum primum, quia ut *Bart.* dixit, Judex poteſt habere peritiam per ſuos aſſeſſores. *L.7.ff. quod quisq; juris.* quibus advocatus deſtituitur, & turpe eidem eſſet, jus in quo verſatur ignorare. *L.2.§. ſervius autem. 43. de orig.jur.* Alterum argumentum continet diſcrimen Advocati & Oratoris, quod obtinuit prima in Romanorum

rum Republica, sed posterior id non agnovit, nam & Advocati dicuntur Oratores, Rethores, ut jam dictum, vocantur & eloquentiæ clarissima lumina *l. restituendæ. C. de advoc. diversf. jud.* parum rectè, si inter eos extaret differentia.

Ad d. L. 1. §. 3. v. pueritiam de postul.

II.

An major 17. annis JCti titulo insigniri posſit? Aff.

1. Quia ea ætate Nerva filius de jure publicè respondit *d. l. 1. §. 1. h. t.* 2. Quia non annorum numerus, sed scientia hunc honorem meretur, *l. 11. §. 1. v. Iurisperitos. C. de advoc. diversf. judicior.* 3. Quia olim sumpta virili toga, deposita puerili prætexta in forum post hanc ætatem adolescentes ducebantur. *Pancirol. in memorabil. cap. de habitib. & vestim. inter* 4. Quia ut in aliis malitia ætatem supplet. *l. 3. in pr. C. si minor se mai.* ita & hic scientia 5. Quia Celsus, qui ubique in jure adolescens appellatur, de jure respondisse fertur *l. si servum v. sequitur ff. de V. O.* accedit authoritas nostrorum (ut *Bart. ad l. 1. §. 3. de postul. Francisc. d. Zabarel. qui in proœm. clement* dicit, Jure cautum non reperiri, cujus ætatis esse debeat Doctor, ideoque nihil referre sive senex sit per ætatem, sive per mores.)

Ad d. l. §. 5. v. casum ff eod.

III.

Cœcus munere judicandi fungi potest.

1. Quia ratio cessat, quæ illum postulare vetat *d. l. 1. §. 5. h. n.* 2. per *l. 6. ff. de judic.* 3. Cõfirmat vetus eligendorum judicum apud Romanos consuetudo. Eos enim Prætor ex decurionibus conscribebat, eorundem nomina in urnam dimittebat, & ex eo numero actori vel reo integrum erat rejicere, quos ex aliqua causa haberet suspectos, (*Briss. 2. antiquitat. 1.*) si itaque cœcus litigantibus placeret; nihil illi obesse poterat. 4. Etsi verò alba & atra luminib. amissis discernere nequeat, non tamẽ propterea ad justi & injusti cognitionem discretionemq; minus erit idoneus (*Duar. 1. disp. 23. Wes. in par. de judic. n. 10. Zang. de except. §. 10. Rubr. de prim. gen. except dil 3.) except. n. 23.* Diss. *Robert. 3. sent. 23. Bart. in*

l. 6.

l.6.ff.de jud.ubique Accurs.Pet.Greg.Tholos.47.sentent.10.n.20. Propterea quod multa occurrant negotia, quæ oculis judicum subjici debent,antequam definiuntur,ut si agatur de finibus regendis *l.8.ff.fin reg.* De collatione scripturarum & similium *l.22.C.ad l.Corn.de fal.* item *l 2.C de sent.ex brevic.recit.* de quibus in cursu disputationis videbimus.

Ad d l.1.§ 8.eod.

IV.

An vasallus feudum amittat,si sponte contra dominum postularit? Aff.

1. Quia vasallus fidelitatis juramento domino suo obligatus est *t.d.for.fid.& tit.de nov.for fid.In Usib.feud.* ad honorem & commodum domini promovendum,& si secus fecerit,feudo privatur:*d.tit.& ibi Feud.2.* Vasallus dominum suum defendere tenetur in prælio campestri *tex.in c.1. Quib. mod. feud. amit.* sed judicium dicitur judiciale certamen *l.14.C.de advoc.divers.judicior.* E.& in judiciali certamine defendere tenebitur , non oppugnare. (*Afflict.decis.265.n.46.Guid.Pap. decis.551.n.5. Gail.1. obs.88. n.5.*) Quod ipsum fallere dicit,si judicis jussu, ad hoc compulsus est, quia parere necesse habet.*l.2.ff.de just.& jur.l.67.§.1.& l.4.ff.de R.I.*(*Zas.pr.10.n.42.de Feud Vult.lib.1.Feud.c.11.n.27.*)

Ad l.7.ff.h t.

V.

Prohibitus postulare partium consensu admitti non potest.

1.*d l.7.* 2. quia causa decoris & tuendæ dignitatis prætoris fit prohibitio, *l.1.in pr ff. de postul.* 3. & propter improbitatem advocatorum *l.moris.9.ff.de pœn.* opp.solet,unicuique licere favori pro se introducto renunciare,*l.pen.C.de pact.* Rectè,favori pro se introducto. Atqui ex superioribus constat , non in favorem privatorum,sed publicum id introductum esse , ut hic obtineat regula juris,privatorum pactis,juri publico derogari non posse, *l.38.ff.de pact.*

Ad l.8.ff. de postuland.

I. Ad

VI.

Ad tempus ab advocando remotus, post tempus admittitur.

d.l.8. ubi h.rei ratio additur, ne scilicet pœna determinata contra sententiæ fidem ulterius porrigatur. Sed dices, semel infamia notatus, semper infamis manet *l. 4. § ad tempus ff. de re mil. l. ad tempus C. ex quibus causis infamia l. ad tempus ff. de decur.* Hinc Claud. Cæsar, cum cuidam notam appositam, deprecantibus familiarib. ademisset, litura tamē (inquit) extat, sentiens remissa culpa, infamię prioris vestigium remanere, atqui infamis à postulando removetur. *l.1.§ secundo loco. ff. h. t.* E. verum huic objectioni tacite respondet ICtus in *d.l.8. vers. Nec adhibetur distinctio, quo crimine silentium ad exilium sit irrogatum.* hoc est, nihil interest, sive tale sit delictum, ex quo infamia adhuc durat, sive pereat (qua de re alii aliter sentiunt *Cujac. 7. observat. 19. Pac. ἐναντ. 20. Wes. n. 8. in π. de his qui notan. inf.*) Quodiam propter rescriptum Hadriani Imperatoris ea infamia effectum suum ad postulationes non extendit, *Duar. c. pen. de postul.*

Ad l.15. §.1 C.de Advoc. diver. judicior.

VII.

An advocato cuivis debeatur salarium initio anni decedenti?

Affirm. *Bart. ad l. diem 4. ff. de off. assess. Myns. 3. obs. 8. Gail. 1. obs. 44. n. 12. Coler. de Process. c. 9. n 61. p. 1. Moz. de cont. c. 7. n. 47. locat. per h. & l. cum heres 4. §. 5. vers. sed etsi. ff. de statu. lib. l. ult. §. ult. l. Rod.* quoniam per ipsum non stetit quo minus operas promissas præstet. *l. 1. §. 13. ff. de variis & extraord. 35. §. 1. ff. locat. l. ult. C. de cond. ob caus.* qua de extat elegans locus apud *Plin. Nepot. lib. 3. Epist.*

Egnatius Marcellinus Quæstor in Provincia, scribam qui forte obtigerat, ante legitimum salarii tempus amisit. De eo quod acceperat, scribæ daturus, cum intelligeret subsidere, apud se non oportere: in Senatu quæsitum est, quid fieri de salario vellet. Hæredes scribæ, id residuum sibi: Præfecti ærario popu-

populoq; vindicabant. Dicebat hæredum Advocatus, quod semel sit ab ęrario separatum, atque salario scribę, aut alterius Comitis destinatum, rectâ ad eum transiisse: annuatim duntaxat & quasi pensionibus accipere, quod ei semel officio quæsitum est. Si pro pecunia quasi sub conditione relicta, operam debeat, per eum non stetisse, quo minus conditioni pareret. Indignum esse se, qui diem suum obierit, attentis Reipubl. muneribus, hunc nihil commodi, nihil emolumenti ad sua transmittere, si repræsentata sit Comiti pecunia, an paulò pòst eo mortuo condicetur? non alium scribam suppositum, cui pro reliqua anni parte, operam locanti, salarium præstari debuerit. Contra populi advocatus pecuniam publicam non privatorum commodis impendi, sed publicis necessitatibus. Salaria pro ministerii modo præstari solita. Quod nisi opera & labore acquiritur, qua ratione ab hæredibus peti possit? Qui domum ædificandam locaverit, si cum mediam ædificavit, decesserit, non ideo posse integram mercedem hæredes à conductore petere, quod per redemptorem non steterit, quin opus ipse perageret cujus electa erat industria, an nautas vectorum in nave mortuorum mercedes poscere? Denique qui suffecturum ærarium, si in præstatione salariorum annus cœptus pro impleto habeatur? evenire posse? quæ est hominum caducitas, ut unius anni operæ terna aut quina annua debeantur. Summam gestorum munerum à parentibus, in laude & commendatione magis, quàm in compendio, liberis expectationem esse oportere. Cœlius Strabo ærario censuit inferendum: Bebius Macer, hæredibus dandum, obtinuit Strabo. Quod cum Salicet *ad h.l.* non solùm verum existimo in annualibus qui non ad certam causam accipiuntur sed & in advocatis, ad unam causam receptis, qui in alia causa, contra recipientem possunt esse, ut etiam testatur *Bartol. in d.l.1.§.13. de var. & extraord.* propterea, quia in illa hora, qua in fidem receptus est; cedit dies obligationis, & transmissionis *per d l.38. §.1. & d.§. 13. gloß. in d. l. fin. Cod. de condic. ob caus. &c.* quod tamen *Salicet.* tum demum admittit, si certo salario fuit receptus, aliàs pro rata temporis & operæ præstandum erit arbitrio judicis, *argument. l.1.§.10. de variar. &*

extraord. Quod rectè ob grassantem pestem, vel aliud quodvis legitimum impedimentum, de Professoribus nostris statuunt. *Gail. dict. loc n. 13. & Salicet. n. 4.*

Ad l. unic. C. ut quæ desunt advocatis.

VIII.

Quæritur quænam judex ab advocato omissa possit supplere?

Variè *Accurs. Azo. Cin. Castr, & Bart.* aliique inter quos latissimè *Ripa ad l. 4. §. hoc autem ff. de dam. inf.* qui quidem vulgariter omnes ita distinguunt, *posse judicem ea quæ sunt juris supplere, non verò ea quæ sunt facti*: quia scire debeat jura, facta non item sed hæc ratio *Hub. Giph. ad l. 1. C. de advocat. divers. jud.* aliena videtur: præsertim cum quæstio facti maximè pertineat ad judicem, non verò quæstio juris, *l. 1. §. 1. vers. nam ut. ff. ad SC. Turp.* nec verum est ea quæ sunt juris posse suppleri, cum & actiones exceptionesvè jus contineant, nec tamen magis suppleri posse ut & ipsi fatentur. *Accurs. ad l. 2. §. qui si C. de jur. prop. cal.* Inde consequens est, eos etiam in eo errare, quod ajunt, consuetudinem à judice suppleri posse, cum judex non minus consuetudinis quàm legis scriptæ debeat habere rationem. Nec verum puto, quod ajunt, consuetudinem esse facti & probari debere *l. 4. ff. de cust. reor.* hoc enim secundum Rethores de quæstione *an sit*, tantummodo exaudiendum. Breviter ergò ita distinguendum putarim: ut ea possit supplere, quæ pertinent ad cognitionem causæ adjuvandam, quæque si suppleantur non afferunt præjudicium alteri parti, ut dicere tempora appellationum esse lapsa *l. 2. C. de temp. & repar.* inquirere diligentius de re & summa petita *l. 3. C. de transact. & t. 1. ff. de inter. injur.* sed exceptionem suggerere, aut probationem, non possit judex, quia in his versatur magnum præjudicium partium, ut quæ ad judicem adferri, non à judice proferri debeant: nisi exceptiones ex ipsis actis sint perspicuæ, teste *Wesenbec. in par. h. t. cum ibi allegatis & Mynsing cent. 3. obs. 89.* Nec impedimento est, *l. quisquis 6. postul.* R. enim judicem non advocari sed suum facere hic officium, quod est accommodare jus ad factum & legibus conformen profer-

proferre sententiam. *text. in pr. & ibi Dd. Instit. de oblig. quae ex quas. opponitur insuper l. 6. §. veritas ff. off. Praes.* ubi dicitur, Praesidem sequi debere fidem eorum, quae probabuntur. E. de suo nihil adjicere potest :. sed officium suum tum impertiet cum id à partibus fuit petitum per *d. l. 4. de dam.* Resp. eum in *h. §.* non prohiberi in veritatem inquirere, & quae juri & l. consentanea, & causae deservientia supplere, Repugnant *Sich. ad h. l. & Wes. in d loc.*

Ad Rub. de his qui notantur infam.

IX.

Num infamia alia juris, alia facti?

Neg. *Donel. 18. com. 6.* qui putat unicam esse speciem infamiae, scilicet juris, non facti. Contra quem stat communis interpretum sententia, quae fundata est in *l. 2. ff. de obseq. par. & pat. l. 13. C. ex quib. caus. inf. l. 20. ff eod.* Unde & testimonii dictio infamia facti notato, non aeque ut integrae frontis homini conceditur, *l. 3. ff. de testib.* item hoc instituto, fratribus querela inofficiosi competit, *l. 27. C. de inoff. test.*

Ad L. I. & II. §. ff. de his qui notan.

X.

De jure Canonico non rectè poena foeminis intra annum luctus nubentibus imposita sublata sunt.

1. Quia *d. l. 11. §. 1.* ratio honestati & bonis moribus consona est, teste Imp. in *l. 1. C. de secundis nuptiis* ne videlicet esset dubium & incertum prolis genus. 2. Quia vix *Paulus Apostolus* ab iniquitate vindicari posset, auferendo nobis nostros liberos, alienos obtrudendo. Non moveor ratione, quâ pontifices utuntur: mulier à viro suo mortuo est soluta, ideo ex sententia *Paulus Apost. 1. Corinth. 3. vers. 19.* nubat in Domino. Inquit enim *Beza tractatu de divor. vers. quod idem ICti folio 223.* non dixit Paulus nubat si vult, aut quando, sed cui vult, modo in Domino. Ideoque *Paulus* non loquitur eo in loco de tempore, sed quaestione in praecedentibus proposita, an virgines nu-

bere debeant; consequenter in *d.vers.19.* quid de viduis dicendum sit, quærit, & decidit iis quoque alii nubere viro permissum esse, sed juxta ll. civiles quas *Paulus* non ignoravit. Unde ipse *ad Rom.13.* ait, peccatis qui non obtemperat magistratui politico, & per consequens bonis & honestis, ll. Sicut nec ipse *CHRISTUS* se intromisisse fertur contra leges civiles, præsertim si quæ essent scriptæ de bonis moribus ut, *Luc.12.* cum arbiter familiæ herifcundæ peteret (ut latius *Sich.ostendit cùm ibi citatis ad Rub.C. de secundis nupt. n.14. Paul.de Cast. in l. 15. C. ex quibus caus. infam.) Diss. Phil. Corn.consf.21.vol.3.Matth. de Afflict. decis. 475.Et Canonistæ reliqui.* quorum opinio tamen teste *Sich.* hodie propter communem errorem in practica obtinet quæ si servanda est, putarem inconcinnam *Gailii*, distinctionem *2.obs.98.n. 8.* quam & *Sich.* refert.

Ad l.4.§.fin.& l.5.
XI.

An existimationis minutionem patiatur paciscens cum pretio extra judicium de maleficio remittendo, puta furti, vi bonor.rap. injuriarum?

N.i.quia ne vera quidem confessio extrajudicialis, nedum præsumta ad probationem aut damnationem sufficit, *l. 26.§. pen.de nox.act.2.* quia licet transigere, *l.13.C.de furt.* quæ non fit nisi aliquo dato & retento *(Wesenb.in par.h.n.5.)* Opp.*l.6.§.pactus ne secum ageretur h.t.& l.18.C.h.v.pro mala conscientia.*

Ad l 13.§.7. eod.
XII.

An graviori pœna, eaq; temporali affectus, etiam infamia sit temporalis?

Ait *l. 4.C h. & l.15.ff. de municip.* ubi Papin. scribit, durioribus pœnis affectos, iguominia velut transacto negocio, postea

stea liberari. Opp. *l. 6. C. h. t.* ubi post impletum tempus pœnæ, nempe operis publici, manet nihilominus infamia. R. Ponendum in *d. l. 6.* tale crimen quod infamiam adferat, ut sunt publica crimina omnia, *l. 7 pub. jud.* sed in *l. 4.* ponendum levius crimen. Nec placet *Accurs.* & aliorum *glossograph.* responsio, qui in l. 4. pœnam causâ cognita in l. 6. sine causæ cognitione fuisse impositam opinantur, 2. Opp. quod pœnæ sint legitimæ & non arbitrariæ, in publicis judiciis, *l. 8. ff. pub. jud.* sed authoritati legum reservantur, *l. 1. §. 1. ff ad turp.* R. *Accurs. ad d. l. 13. §. 7. Wesenb. in par. n. 8.*

Ad eandem l. §. ult.

XIII.

pugnat cum hac *l. l. 2. de crimine stellion.* (*Cujac. 10. obs. 26.* distinguit ex sent. *Johan.* cujus meminit *gloss. ad ad d. l. 13. §. ult.* Aliter *Duar. 1. Dis. 42.* Reprehensi uterque ab *Anton. Fab. 4. conj. 2*) Dicendum puto stellionatus crimen, famosum non esse, ut furti, mandati, depositi, pro socio, *§. ex quibusdam. Inst. de pœn. temerè litig.* quæ ordinaria sunt certæque formulæ & infamant ipso jure, hoc est, edicto prætoris. Sed Stellionatus extraordinariam coercitionem habet, quæ pendet ex arbitrio judicis, ipso jure. E. non infamat, quia nulla l. nullum edictum prolatum est. Cum verò extra ordinem pœna irrogatur, si judex hoc decreto comprehenderit, infamem facit, sicut in suspecti tutoris crimine responsum est, *l. hæ enim 4. §. 2. ff. de suspect. Gubert. Regius 1. concil. ll. 2.*

Ad l. 33. §. 2. de procurat.

XIV.

An in publicis judiciis pro reo procurator intervenire possit?

Negativa his probatur fundamentis, 1. *l. penult. §. 1. ff. de public. judic.* ad crimen judicii publici persequendum, frustra pocurator intervenit, multoque magis ad defendendum, inquit *Papin.* ubi *Bartol.* tres ejus dicti adfert rationes 1. quia judicia non debent reddi elusoria, *L. si Prætor. in pr. ff. de judic.* Sed si procurator interveniret ex parte rei, redderetur judicium elusorium, quoniam si reus videret se damnari, nunquam

quam compareret, absens autem damnari non posset, *l.absentem ff.de pœn.2.* ne maleficia maneant impunita, *l.ita vulneratus.ff. ad l. Aquil.3.* quia si reus ipse compareat, ipse diligentius suam tractabit causam, *arg.l.1.§.final.ff de Carbon.edict.* alterum fundamentum est in *l.1.vers sin autem.ff. An per alium causa app.red.d.l.11.§. 2.ff. ad l.Iul.de adult.l.16.C.de fals.l. tunc convenit.C.d. accusat.* 3. facit, quod contumax habeatur pro confesso, & sua quasi videtur sententia condemnatus *l.de ætate 11.§. qui tacuit. ff. de interrog. in jur faciend.* Reus autem noster contumax est, quoniam citatus non comparet, sed pro se procuratorem mittit. 4. ut scilicet etiam judex agnoscere possit, quo vultu, & qua trepidatione reus suam proponat causam, secundum notata in *l.final.Cod.de procurat. Iul.Clar.lib.5.sent.§.final q.33.vers.quinimo,* atque hanc sententiam pronunciando sequimur in Scabinatu nostro quotidiè, & verior etiam vel ex ipsis legibus est, *Vid. Menoch.d.arbitr.jud.quæst.80. Iul.Clar.d.§.final.q.32.Giphan.ad d.l.33.9.2.h.t.*

Affirmativa sequentibus argumentis innititur, *1.d.l.33. §. publice utile 2. ff. de procurat.l. 3. Cod. d. accusat. 2.* nec enim quisquam indefensus condemnari debet, *l.1.Requir.reis*, vel etiam absens.gravi scilicet ratione, quia satius est, inquit Jurisconsultus, impunitum relinqui factum nocentis quam nocentem condemnari, *l.absentem. ff.de pœn.3 l. Lucius.18. ff.de appellat. l.servus.11. ff. de publ.judic.* ubi pro servo criminis reo potest dominus aut ejus procurator intervenire. Ergò multò magis hoc licebit pro homine libero, ad quem servi nulla est comparatio *l.quod attinet.ff.d.Regul.Iur.* 4. quia omnis provocans etiam pro inviro & eo qui ad supplicum ducitur, *l.6.ff.d.appellat.* 5. quo etiam spectat ratio *l exigendi.Cod. d.procurat.* multò justius fuit, inquit Imperat. *Anton.* hujusmodi defensorem audire, quàm absentem quasi contumacem & indefensum gravi condemnatione afficere, *vid.Robert.2.sent.3.Cujac.20.obs.20.*

Ad l.39. §.fin. ff. eod.

XV.

An in famosis admittendus sit procurator.

N. quia

N. Quia capitalibus comparantur *l.off.manu vind.* & sæpè à Cicerone causa capitis dicitur in orat. pro Quint. Unde hoc solis illustrib personis conceditur, *l.fin. C.de injur.* Aff.econtra *l.42. §.1.ff h.item l.17.§.procuratorem.ff.de injur.* Concil. desumi potest ex *§.in summa pen.Inst.de injur.* vel civiliter agitur, vel criminaliter, illo modo rectè intervenit procurator, hoc non item, nec rectè dixeris infamare, & ideo criminales actiones esse, quia & depositi & mandati & aliæ quàm plurimæ actiones infamant, nec tamen inde benè dixeris criminales esse. *Mynf.2.obf.98.in f v. Clar.5.fent §.ult.quæst.32.Vasq in lib.quæst.ill 17.Mar.p.4.dist. Socin.in c.veniens.de accuf.Gipb.in h.l.*

Ad l.46. §. 3. ff. eod.

XVI.

Victus procurator appellare tenebitur, sed non persequi eam ad extremum.

1.per *l.17.C.h.* id dupliciter, Primò ex natura dictionis *ultra*, quæ denotat rem extra consummationem & perfectionem sibi adjuncti, *arg.l.2. & 9. C. de non numer. pec.* secundo ex significatu verbi *extendere*, nam cum sit diversi subjecti adjectio, *l.21.§.5.ff de recep.l.5.ff.de precar.* sequitur, quod provocatio ad quam sit extensio, si actus extra procurationem appellationis protenderetur, fieret utique extensionis, quæ non conceditur sicut nec fictionis, *Hopp in l.2.de art.jur.* per *l.6.§.1 ff mand.Salic.h.n.6.* 2.Quia persecutio non est de appenditiis & connexis primæ instantiæ teste, *Paulo de Castr.in d.l.17.n.5.& 4.* Imò si constitutioni Zenonis à *Cujac.13.obf.5.* restitutæ credimus, etsi velit persequi non potest, quem etiam sequitur, *Dn Obrecht.in dis.de procur. th.311.* Propter adductas itaque rationes *Donellum* miror in *Placetini* declinasse sententiam. *l.18.com.c.16.verf hoc posito, l.8.§. quod & actionem verf.igitur ff. de procurat.*

Ad l.35.ff. eod.& l.40.

Num maritus possit pro uxore agere sine satisdatione?

XVII. Di-

XVII.

Distinguunt *Bart.Cast. Salicet. in l.21. Cod.h.t.* inter bona mulieris dotalia, paraphernalia & receptitia, quos sequitur *Sich. in d.l.21. Mynſ.3.obſ.15. Gail.2.obſ.133.* ut in primis duobus sine mandato, in peculiaribus cum mandato admittatur. Verum hoc simpliciter negari potest, propter *d.l.21.* ubi disertè constitutum est, quod citra mandatum, cum solenni tamen satisdatione & alia observatione intercedendi. Non *obſ.l.ult. C.de pactis conv.* quia ibi traditio fœneratitiarum cautionum pro præstatione consensus habetur, ubi autem consensus mulieris intercedit, nulla opus est satisdatione. *d.l.21.in fin.* Aliter *Gyph. in d.l.21.* qui putat in *d.l.ult.* specialem proponi casum.

Ad l.60. ff. eod.

XIIX.

Utrum procurator omnium bonorum possit transigere.

Distinguunt communiter inter procuratorem universorum bonorum, & procuratorem cui libera rerum administratio concessa est. *Cujac. Hott. ad §. nihil autem, n.41. Inſt.rer.div.Pac.2. ant.47.* quod rectè improbatum est à *Donell.4.com.15.* quia passim in jure, quæ interdum dicitur libera administratio, ea aliàs simpliciter dicitur administratio *l.17.ff.de jurejur.& l.11.§.ult.& ſeq.de pign.act.l.11.§.ult.ff.de reb.cred.l.84.ff.de ſol.l.18.§.ult.pig.act.* Deinde quia tutorum sive universorum bonorum procurator non esset, nisi liberam in omnibus negotiis exerceret administrationem, *Don.* Dicendum itaque tàm huic quàm illi, si necessitas rei & utilitas id exigat, transigere permissum esse *l.85.cum l.ſeq.l.63.ff.h.t.* Opp. *l.59.ff.h.t.*

XIX.

An restitutione in integrum juvetur Dominus adversus eum, qui cum procuratore negligente quasi contraxit?

N. quia remedio extraordinario locus non est, ubi conceditur ordinarium, at remedium ordinarium nimirū actionem mādati

dati habet dominus contra procuratorem, *remunerandi*, *si l. 6. §. 1. l. si procuratorem* , *§. si tutores ff mand. Gail. 1. obs. 45.* ubi illud limitat, si procurator solvendo non sit. De quo tamen valde disputatur propter *l. cum mandato ff. de min.* quia minori tùm demum ibi succurritur, si res à procuratore servari non possit. E. majori illud per *l. & eleganter 7. §. pen. ff. dolo.* denegabitur. Facit & ratio dicti textus generalis, dum imputandum Domino dicat, quod tali sua negotia commiserit. Verum his non obstantibus, limitationem præcedentem admittimus, *arg. l. itaq; fullo. ff. de furt. l. fin. §. planè. ff. de eo per quem factum.*

Ad l. 3. § 8. ff. de negot. gest.

XX.

Executor à judice datus dolum committens, convenitur actione negotior gest per *h. l.* ubi expressè dicitur, dari adversus eum actionem, quæ ex Rubrica de negotior. gestor. actione exaudiri debet *l. Imperator. ff. de in diem ad* Opp. *l. 50 ff. de evict.* ubi dicitur, dari actionem de dolo. Verùm rectè respondet *Acc.* quem sequitur etiam *Pacius 2. ant. 50.*

Ad l. 32. §. ult. eod.

XXI.

Si ignorante virgine, mater à sponso filiæ, res donatas suscepit negotiorum gestorum actio competit ut JC. inquit in *h. l opp. l. 25. in pr. ff. depos.* ubi dicitur, eum Patrem, qui suscepit, actione depositi rectè cōveniri. Conciliatio peti debet ex ignorantia, & scientia filiæ, *Gll. m. Bart. ad d. l. 25.*

Ad l. 38. vers. sed quas. ff. eod.

XXII.

Qui aliena negotia gerit, si pecunias in usus suos convertit, maximas usuras præstat *h. l.* quia hoc modo non absentis, sed suum negotium gerit, quod est contra finem negotior. gestorum *in pr. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* 1. Opp. quod actio negotiorum gestorum est bonæ fidei *l. 18. C. h. §. actionum. Inst.* action. at

in bonæ fidei judiciis, juxta morem regionis usuræ præstantur, *l. 1.in pr.ff.de usur.*2.Opp. *l.10.§.3.ff.mand.*Concil ex collatione *l.54. ff.de administ.tut & h.l.*constabit,

De sensu l.47.ff.eod.

XXIII.

Judicia olim alia fuerunt ordinaria, alia extraordinaria, quæ in eo à se invicem separabantur, quod in ordinariis cum judices darentur, præscriptæ à Prætore formulæ inhærere cogebantur. In extraordinariis verò cum ipsi judicabant Magistratus, *Menoch.1.arb.n.9.quæst.2.Duar.1.disp.53.Govean.in l.eum qui.ff de jurisdictione.* Nec sibi ipsi legē præscribere, nullæ omninò formulæ concipiebantur, quæ differentia postmodum ex constitutione Constantini est sublata, *l.1.& 2.C.de form.& imp.* quo sensu extraordinaria judicia dicuntur, *§.ult.Inst.de interd.* licet & mos dandorum judicium ex *Dioc.& Max.* constitutione exoleverit, *l. 2.C.pedan.* tamen si causarum multitudo, ita magistratus detineat, ut omnibus sufficere nequeant, dabitur adhuc judex, ex quibus concludit. *Anton.Fab.4.conject.7.* hanc *l.47.* vitio laborare, dum neg.gestorum judicium extraordinarium constituat, cum constat, prætorem judicem & judicium dedisse, *l.3.in pr* ibi judicium meo nomine dabo. *h.t.* Contrarium statuit, *Cujac.15 obs.11.* & post eum *Gœdd.ad l.34. n.12.ff.V.S.* qui quidem concedunt, tum temporis non in omnibus formularum impetrationes sublatas fuisse, sed ex parte cessasse ob id, quod per se in edicto perpetuo obviæ essent, quod comprobat *Cujac. arg. l. quamvis §. si mulieri ff. ad Vell. de quibus inter disputandum.*

DISPU-

DISPUTATIO SEXTA.

RESPONDENTE

PETRO RIBÆO Stend. March.

AD

L. 1. ff. de restitut.

THESIS I.

An restitutio in integrum rectè dicatur extraordinarium remedium?

Negat *Zas. in singul. intell. c. 20.* quia jus commune est ars æqui & boni, at restitutionis remedium est ex æquitate *l. 1. de restitut. l. 1. de minor. l. 1 ff. ex quib caus. major.* 1. quia eadem est regula juris civilis, ne quis indebitè damnum patiatur. *Affirmant* communiter *Dd. 1. per l. Divus ibi.* Etsi nihil mutandum ex solennibus *ff. de restitut. l. in causa 16.* ibi nam si communi auxilio & meo jure tutus sit, non debet ei tribui extraordinarium remedium *ff. de minor.* 2. quia jure ordinario hoc est civili deficiunt actiones ad recuperandum quod amissum est, *(Duar. c. 1. h t.)* pro concordia utriusque opinionis putarem distinguendum *(vid. Sford. Oddo p. 1 q. 1. articul. 13 de restitut.)* aut loquimur de regulis juris civilis in genere, & contra eas non introducta est restitutio. Imo cum ex æquitate constitutæ sint, & ne damnum quis indebitè patiatur, & regula juris civilis generalis sit, quod æquitas rigori præferatur *l. placuit C. de judic.* & ne quis locupletetur cum alterius injuria *l. 14. de cond. indeb.* omninò dicendum est iis congruere restitutionē. Aut loquimur de regulis juris civilis particularibus, per quas devenitur ad illas generales & sunt quodammodo earum pedissequæ, & tunc procedit *Dd.* sententia, nam multæ illarum secundum juris rigorem pro

solennitate & forma actuum conservanda constitutæ sunt, quæ si attenderentur, restitutio minimè concederetur.

Ad l. 4. eod.

II.

An restitutio in integrum ob minimam rem concedatur?

R. *Cujac.* in actione de dolo non dati, quia cum famosa est, ea parcissimè utendum est, *l. 9. §. ult. ff. de dol.* Aliæ restitutiones quæ honestæ sunt, ob minimam rem dantur, nisi rei majori præjudicium faciant, quod quemadmodum fiat sumpto exemplo ex *l. fundum, ut l. rem majoris ff. de except.* demonstrari potest, quæ *Cujac.* consideratio displicet. 1. Quia & actio furti, quamvis famosa sit *l. 6. de his qui not. infam.* pro re minima datur, §. *Gallinarũ. Inst. de rer. divis.* 2. Quia propter minimam causam res inepta fieri non debet *l. 5. 4 ff. de contrah. empt.* quapropter puto regulare illud, ob rem minimam non dari restitutionem, nec solum in extraordinariis hisce (ut cõmuniter putatur) sed etiam in ordinariis, neq; quod de furto dixi me movet, quia æquũ est, ut quod facto scelestissimo mihi ablatum est, quantumvis minimũ restituatur, at idem dices in doli actione & metu dicendum esse, neutiquam. Furtum nullum contractum, nullum habet colorem, dolus & metus contractum & colorem habent *l. 21. §. 5. ff. quot met. causa.*

Ad l. 6. eod.

III.

Beneficium restitutionis ad hæredes & fidejussores transit, adeoq; reale est.

1. Quia hæres repræsentat personam defuncti. 2. per *l. 6. ff. de restitut. in integr. l. 2. & 4. C. de Tempor. in integr. restit.* excipitur restitutio minoris, qui lubrico ætatis lapsus est *l. 1. C. de fidejussor. minor.* Cur enim restituitur? anne ob infirmatem ætatis? Hæc restitutio igitur fidejussorem non liberet, nisi dolo adversarii circumscriptus sit minor, tum enim creditori dolus suus contra naturalem æquitatem prodesse nõ debet *l. 1. de except. dol.*) *Duar. ad tit. C. de fidejussor. minor. Cujac. in l. in causa. de minor.* verum contra prius membrum dices Rationi contrarium esse, ut fidejusso-

jussorem restituto minore adhuc obligatum dicamus, cum constat fidejussorem accedere ad minoris obligationem, sublata autem obligatione principali, ut etiam accessoria tollatur consequēs erit. R. Isti axiomati tum locū esse, cum obligatio principalis ipso jure tollitur, verum cum restituitur minor, non tàm tollitur obligatio, quā personalis quædā exceptio minori competens ratione ætatis, quæ nō potest transire ad fidejussores *l. exceptiones ff. de exceptionib.* (Paulo aliter R. *Pac. 2. ἐναντ. 98.*) at quid illud est, ꝙ in *l. si pupillus ff. de adquir. hered* dicitur. Si pupillus se hæreditate abstineat, & ejus fidejussoribus subveniendum esse. R. *Duar.* ideo in loco æquitatis intuitu concedi, nec est magna captio ejus contra quem restituitur. Sunt enim creditores hæreditarii, qui habent actionem adversus eos qui adituri sunt hæreditatem, undè facilè ea in specie conceditur restitutio adjicit etiā *Duar intellect. l. Marcell. 20. ff. de fidejuss.* cujus legis alia ratio est, & utiliter hoc loco explicari potest, (vide variæ sentientes *Cujac. ad l. 19. de usucap. Revard. 2. varior. 7. A. Cont. subjec. lect. 3. Duar. in d. l. Marcell.*) quæstio est: *An fidejussori, pro pupillo, prodigo & furioso obligato succurri debeat?* R. *Marcellus* magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit, quæ ejus legis summa est; qua in re præmoneo me putare pupillū prodigū & furiosū juxta *l. furiosus ff. de oblig. & act. & l. 71. §. 3. in fin. ff. de fidejusso.* obligatos fuisse, jam quærendū, cur fidejussori non subveniatur? cum tamen constet eos ex re obligatos fuisse, undè judicio cōmuni dividundo obligantur *d. l furiosus*, verū putarem, scopū quæstionis hunc collimasse ICtum, utrū mādati intuitu possit fidejussori succurri quem pressius insequēdo, negat, idq; ratione optima, quoniā his mandati actio non cōpetit, cum n. hi destituantur consensu, citra quem nullū poterit esse mandati judiciū. Ratio nō patitur, ut ꝙ his denegamus, ut ejus auxiliū fidejussori permittamus; atqui sic in damno erit fidejussor, regeres, diceré, nil hoc ad scopū nostrū, nos n. de mandato quærimus, & si nullū aliud supersit ei utile remedium, omninò in damno hic erit fidejussor, qui suæ poterit hoc facilitati adscribere: cur pro iis suam interposuerit fidē quorum conditionem scire debuit, verū aliud ei largiemur remedium, qui utiliter horum negotium gestum est, & furiosi, prodigi, pro absentibus habentur, ergo negotiorum gestorum actione eos conveniet. *l. 3. §. 5. ff. de negot. gest.* Ad

Ad l. 7. Quod metus cad.

IV.

An timor infamiæ sit justus metus?

A. 1. Quia fama & vita pari passu ambulant *l. 9. ff. de manumiss. vind.* 2. Quia iste metus major esse debet viris bonis quàm mortis *l. 8. §. 2. h. t.* 3. Quia laudanda est verecundia ejus, qui nexationem timet, puta ex litibus *l. 4. §. 1. de alien. jud. mut. causa fact.*

N. *d. l. 7. in pr. h. t.* Decisio. Cum ex genere mali & periculi formidati metus æstimetur, dicimus infamiæ veræ metum esse justum *d l. 8. §. 2.* levis autem vel falsæ criminationis non item *d l. 7.* quinimo vir bonus eas non secus ut leves Euri flatus reputabit (*Cujac ad l. 1. h. t. Pac. 2. ἐναντ. 68.*)

Ad l. 9.

V.

An minæ sint justa causa timoris?

Neg. 1. *d. l. 9.* metum (inquit Ulp.) præsentem accipimus, non suspicionem inferendi ejus, minæ autem nihil videntur esse, & ut *Bartol.* voluit, eo intuitu à metu distant. 2. per *l 9.* ibi non jactationibus *C. de his, quæ vi metusve* Affir. *l. pen. vers. plerіq. ff. de extraord. criminib.* communiter ita distingui solet, (*Bart. Sichard ad d. l. 9. Sford. Odd. p. 1. q 7. c. 9. Maurit. de restitut. c. 330.*) aut ille qui minatur, est potens, & solet ea, quæ minatus est exequi, & eo in casu justam inducunt timoris causam: sin verò talis sit, qui ampullas sesquipedalia verba projicere: sine effectu solitus sit, aliud dicendum erit; *arg. l. 4. in pr ff. si cui plus quam per l falcid.*

Ad d. l. 9

VI.

Si fundum meum dereliquero, audito quod cũ armis quis veniret, vi dejectus non videor.

d. l. 9. quia dejici non expectavi, sed profugi *l. 9. §. 6. de vi & vi armat.* opponi solet *l. 33. §. si Dominus. 2. ff. de usucapionibus.* variis modis rem explicat suo more *Glossa* aliter *Cuja ad d. l. c.* quem sequitur *Pac. 2. ἐναντ. 70.* Distinguendum putantes, utrum ve-

nien-

nientes armatos viderit; an eos venire saltem ex aliis audiverit, nam conspectus rei timendæ auget timorem, quocircò si eos viderit & profugerit, vi dejectus esse videtur, sed si tantum audiverit, non videtur vi dejectus, nisi armati postea veniant & possessionem occupent, quæ responsio impugnari potest ex eo quod in *d l.33.§.2* homines armatos domnios venire existimavit, & nihilominus vi de possessione dejectus videtur, at ex *Cujac.* sententia reponendum erit pro EXISTIMAVERIT, EXTIMUERIT quod & probant manuscripti codices (*Baud.2.ad d.l.33.§.2.*) Dissimulante licet *Cujac.*& nunc lego, *extimuerit*, quid ergo. Si homines armatos venientes extimuerit res clara est, venientes extimuit. Ergo vidit, quamvis itaque nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur *l.1.§.idem Labeo 29. l.3. §.fin. quis 6.ff. de vi & vi armat.*

Ad d.l.9.§. cum autem 8.

VII.

Num actio quod metus causa sit in rem scripta?

Aff. *d.l.9.§.8.* cui contrarium non est, quod legitur, in §. *Præterea Inst. de actionib.* ubi actio quod metus causa in personam actio dicitur. Hoc enim non negat, qui in rem scriptam esse dicit. Aliud est enim actionem in rem dici simpliciter, aliud in ré scriptam. Priore conceptione significatur actionem esse in rem genere distincto ab eo, quod vocamus in personam. Posteriore designantur maximè actiones in personam, sed indefinitè adversus rem gestam scriptæ, nulla persona expressa adversus quã gestum retractetur (*Donell.15.comment.38.fol.(mihi 511.)*) veluti cum & pactum in rem esse dicimus, illud dicere censemur, pactum esse generaliter conceptum, adeò ut pertineat non solum paciscẽtem, sed etiam ad successores *l. 7. §. pactorum. 5. de pact.* & doli clausula dicitur esse in rem concepta, qui comprehendit dolum nõ solum promittentis, sed etiam successorum *l.5.ff.usufr.quemad. caveat.* verum nunc de re ipsa oritur ex adverso ratio, nulla est actio ex delicto, nisi adversus eum, qui deliquit. At non deliquit, quo ignorante nec mandante aut ratum habente metus illatus est. 2. Pœnæ suos debent tenere authores *l.sancimus. C.de pœn.*

In proposito autem solus deliquit, qui metum intulit, & actio de qua agetur pœnam continet: De utroq; sic breviter respondemus cum *Donell.* rectè adversus eos hanc actionem dari, ad quos metu res ablata aut commodum ex ea pervenit, nam & hi delinquere à Prætore existimantur, non delinquũt ab initio, sed hinc incipiunt id facere, cum conventi de eo, quod ex causa metus consecuti sunt, id metum passo nõ restituunt. Sic enim vi extortum retinent, & hactenus vim probant &c.

Ad l. extat. eod.

VIII.

Num constitutio l. extat. h. t. *pertineat ad eum creditorem, qui crediti nomine rem non debitam occupavit?*

Negant *Johan. & Accurs.* quod ridiculum esse dicit *Cujac.* quippe decretum loquitur manifesto de qualiber re debitoris, nec illud spectat, habuerit in ea jus creditor nec ne, quod & *Menoch. 5. de recup. poss. n. 6.* necessarium visum fuit, cum frequentius & facilius ut plurimum occupari ea possint, quæ obligata non sunt, quàm quę obligata: cum sub arctiori custodia obligata custodiri soleant. Succedit alia ratio, non debet esse melioris conditionis occupans non obligata quam obligata, cum in obligatis subesse videatur color quidam, & justa quædam ratio ad excusandum. Præterea huic casui generalis ratio constitutionis convenit, ne audax creditor, spreta judicis authoritate, sua sibi dicat jus manu *l. non est singulis 176. de R. Jur.* Ideo enim judiciorum vigor, jurisque publici tutela in medio posita est, ne quilibet privatus sibi ipsi permittere valeat ultionem *l. nullus 13. C. de jud.* non huc pertinet *l. quemadmodum 29. §. 1. ad l. Aquil.* ut disputatio docebit, non item illa *Alberici de Rosat.* argumentatio, aliis nimirum constitutionibus hac in specie provisum esse, ita ut hæc pœnalis D. Marci constitutio non sit ad eam extendenda quia comprehensionem hanc, non extensionem dicimus, cum ex verbis, tum ex identitate rationis.

Ad l. 14. §. 13. eod.

An

IX.

An cum actione quod metus causa, & doli actio concurrat.

Affirmant communiter 1. *per d.l.14.§.13.* eum qui metum fecit (Inquit Ictus) & dolo teneri certum est. 2. Quia utraq; actio est ejusdem potestatis, ac præter pœnam quadrupli eadem, utraque præterea arbitraria, utraq; ad rei restitutionem competens, ex turpi facto utraque.

Negant *Baro & Donell.* quia quoties alia actio superest, toties actio de dolo cessat *l.1.§.3 l,7.ff.de dol. mal.* & oppositæ *l,14. §.13.* respondent, etsi is qui metum intulit, etiam de dolo teneatur, nō ideo statim colligi debet, si is recuset actionem de dolo in se dari, nihilominus adversus invitum & recusantem dandam esse. Nā & in *l.penult. §.1.de integr.restit.* proponitur species, in qua similiter dicitur quod decepto competat actio de dolo. Et tamen adjicitur, si is restitutione in integrum rem salvam habere possit boni Prætoris esse potius restituere litē, ut & ratio & æquitas postulabit, nempe postulante adversario, quā famosam actionē instituere, quod latius *Donell* prosequitur *15.comment.40.* ego interim à certissimo legis sensu nō recedo, & facilè *Donello* respōderi potest. Ad l.21.in pr.eod.

X.

An ingrati actio legibus prodita sit, qua in servitutem revocari libertas potuerit.

Affirmantes utuntur *d.l.21.in pr.h.t.* item *l si quis 30. & quoties ff.qui & à quib.manum l.6.de integr.restit.l.6.ff.de agnosc.liber.* item formula Prætoris, de qua *Valer.Maxim.lib.2.c.1.* supersedeo te habere civem, tanti muneris impium æstimatorē. Nec adduci possum, ut credam urbi utilem, quē domi scelestum cerno. Abi ergo & esto servus, qui liber esse nescisti. Contrarium contēdit *Cujac. 10.observ.33. & 21.observ.6.* qui quidem fatetur *l. Ælia Sentia* pditā esse accusationē ingrati adversus libertū, datamq; patrono *l 70. de V.S.* verū per eā accusationē libertū, in servitutē revocari pernegat, sed aliis modis plecti, veluti liberto in latumias damno *vid.l.1.7.§.ult.de jur.patron, l.1,§. cum patronus ff. de offic.præfect.urb.*

quæ sententia vera est. Ergo ad oppositam *l.21.h.t.* respōdemus, eam huic sententiæ magis prodesse, quam officere. Mulier enim vano metu credidit de statu suo periclitari, & tactū iri, ut in servitutem repeteretur. Quare ne id fieret patrono aliquid dedit vel promisit, quæritur an datum actione quod metus causa repeti à patrono possit, negat *Paul.* quia nimirum mulier hunc metum sibi ipsi intulit, cum de redactione in servitutē nullum fuerit periculum, non etiam movet *d.l.30. §. quoties, qui & à quib. manum.* quoniam quod hujus fundamentum præcipuum est, verba nimirum ea: *ut in servitutem redigatur* à Florentinis Pandectis absunt, & ut *Cujac.* ait Glossema est, additum ex novis constitutionibus, quæ extra ordinem ut ait *l.1.C.de lib. & eor.lib.* ex causa ingratitudinis postulante patrono libertum in servitutem redegerunt, quod in *l.6.de integr.restit.* dicitur, potest recipere interpretationem ex jure antiquo ex SCto. Claudiano, vel si minor incensus venierit, nec magnum momentum erit in argumentatione illa, quam suppeditat *d.l.6.de agnosc.vel alend lib. liberti.* vendūtur, venditio autem servorum tantum est, nam primò assumptum falsum est per *l.1.& l.t.tit.C.de patrib qui fil.distrax.* Deinde majorem declaramus, eos vendi ad id ut patroni pro ministerio quod liberti refractarii præstare debebant, pretium consequantur, ut ita non vendantur, ut servi, sed tanquam liberti, & novo patrono eadem ratione addicuntur, qua veteri patrono eidemque venditori obstricti erant. Formulam Prætoriam quod attinet, ostendit quidem ea quibus verbis redactio in servitutem processerit, sed nū ea ordinario vel extraordinario jure processerit, aliorū locorū testimoniis relinquitur, quæ nūc prolata sūt.

Ad l.1.§.2. ff.de dolo malo.

XI.

An Serviana doli mali definitio rectè à Labeone fuerit rejecta?

Dolum malum *Servius* ita definit Machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, aliud simulatur, quā definitionem duplici vitio laborare *Labeo* ait. 1. Quia & sine simulatione potest id agi, ut quis circumveniatur, atq; ita nō omni dolo definitio Servi convenit. 2. Quia & sine dolo malo aliud agi,

agi, aliud simulari potest, atque ita non soli dolo convenit, quocirca *Labeo*, aliter dolum definivit *d.l.1.§.2.* nescia an justa sit *Labeonis* reprehensio, quod enim primo loco subjicit, posse & sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, haberet justam reprehensionis causam, nisi Servius addidisset, DECIPIENDI CAUSA, exempli gratia. Cum medicus ægroto propinat pharmacum simulat ac fingit aliud esse, quã revera sit, quo faciliùs sumatur ab ægroto, non tamen propterea dolum committere dici potest, cũ non decipiendi, sed juvãdi causa aliud simulet, aliud agat, quod itidem *Labeo* adjicit, posse & sine simulatione igagi, ut quis circumveniatur (displicet *Freher.2.παρέργ.7.*) Dolus enim malus simulatione vel dissimulatione carere non potest, quod verum est. Dicendum ergo *Servii* definitionem probam esse, præsertim cum eadem ab *Ulpian.in l.7.§.dolo malo ff.de pact.* probetur (alias enim implacabilis erit inter hosce textus contradictio, quam malè admittit *Hottom in observat.1.cap.20.& cap. 4.*) probam itidem & *Labeonis* esse, quam idcirco visus est comprobare in *d.l.1.§.2.h.t.* Ulp. quia clarius, quid dolus sit, explicat. (*aliter Cujac.ad d.L.§.2.Enguin.Baro.Duar.in d.l.7.§.dol.mal.de pact.*)

Ad d.l.1.§.3. eod.

XII.

Num actio de dolo concurrat cum aliis actionibus?

Neg. *d.l.1.§.3.l.2.C.eod.* Merito, non enim tam famosa actio temerè debuit à Prætore decerni *d.l.1.§.3.* ad exemplum medicorum, qui ad cauteria & luxationem membrorum, id est, ultima remedia non prius confugiunt, quàm cum levibus remediis vident locum non esse, (*Sichard. in l.2.n.1.C.h.t.*) hæc tamen sententia ancipitem ex sequentibus habet dubitationem, 1. ex *l. si Legatarius.ff.de dol.* cujus in specie datur actio doli, cum tamen condictio in debiti locum habere videatur *l.error.Cod.ad l.Falcid.* (*R.Don.15. comm.40.*) 2. Oppon. *l.14.§13. l. quod met. caus.* (de qua dixi sup. *Thes.9.* 3. Opponitur *l.5.§. quod si faciam ut deb.ff.de praescript.verb.* ubi dicitur, nullam ex articulo facio ut des, actionem civilem, sed subsidiariam tantùm de dolo malo dari. At aliis locis datur hac in specie actio præscriptis verbis *l.solent.*

lent.l.si tibi ff.de Præscript.verb. Et per consequens cessare debet de dolo actio R. aut actor factum revocar, aut promissum impleri ac sibi præstari petit, priori casu competit actio de dolo *d.§.quod si faciam,* quia nulla civilis dari potest, non actio præscriptis verbis, ea non ad rescindendum, sed ad implendum duntaxat contractum experimur. Nec condictio, illi enim nullus relinquitur locus, nisi res, quæ petitur natura reddi possit, facta autem infecta fieri nō possunt, & præsertim si ancillā actor manumiserit, ut alter Pamphilum daret *arg.§.pen.In.qui & ex quib. cauſ.* Hîc ergo si velim revocatum, quod mihi eo facto abest, non alia in eam rem esse possit actio, quam de dolo. Et verò in hanc rem de dolo dabitur, sententia diserte comprehensa est *l. cum proponas C. de dol.* (Don d.loc.) 4. Opponitur *l.1.C.de dol.* (*vid. disput.14.q.12.74.*) 5. Opp. *l.fidejussor.ff. de dol.* (de cujus legis intellectu disceptant *Faber.2.conjectur.12. Duar. Donell. Cujac. ad l.49. de V.O.*) 6. Opponitur *l.servus ult.ff.de dol.* (*R.Don.15.com.40.*)

Ad l.7.de dol.

XIII.

Contractus dolo malo initus, si sit bonæfidei ipso jure nullus est, stricti juris subsistit, sed doli actione vindicatur.

d.l.7:l.3.§.fin.ff.pro soc l.dolo C.de inutil.stip.l.in causa.§.1.de minor. quod evidēter confirmat *l.si quis cum aliter.36.ff.de V.O.* ubi dicitur; ꝙ contractus stricti juris cui dolus causam dedit mero jure subsistat *l.5.C.de inut stip.* Ex quo consequitur aliud in bonæfidei contractib. dicendum esse, aliàs enim inter has nulla erit differentia. Audio quid tegeratur, consequentiæ rationem non s[illegible]t esse firmam, cum tàm in cōtractibus stricti juris, quàm bonæfidei bona fides requiratur *l.4.C.de obl.& act.* Rectissimè, & nos in utroq; requirimus, diversimodè tamen, ut in bonæfidei cōtractibus bona fides sit fundamentū, nō itē in stricti juris. Addatur hęc ratio, quoties dolus purgatur per actionē descendentē ex eodē contractu, illa quoq; ex dolo defuncti in hæredē datur, licet nihil ad eum pervenerit *l.si hominē 7.datur ff. depositi l.ex deposit 12.l.ex contractib.49.de obl.& act.* Verum quando dolus cōtractui bonæfidei causam dedit, actio adversus hæredem nō competit *§.1.*

aliquan-

aliquando inst. de perpet. & temp. act. (Contrarium docuerunt *Coras. 2. misc. 8. Rob. 3. an mad. 1. 2. & 4.* (moti *l. 13. §. per contrarium ff. de act. empt.* R. loqui de dolo incidente, atque ita simul intelligimus *l. si quis colludēte d. l, 1. l. 12. §. 1. de jur. dot. l. 11. §. si quis virginem ff. de act. empt. l. tres fratres 35. ff. de pact. l. 3. C. comm utriq; judic. l. si quis 9. ff. de dol. incid. l. 80. ff. pro socio,* & ne quis more empiricorū unico emplastro variis morbis nos occurrere existimet, eum ut penitus allegatos textus introspiciat monemus restat *l. 5. C de resc. vend.* Ubi vēditio dolo exorta rescindi dicitur ꝙ argumento statuunt certissimo ipso jure substitisse *l. 1. ff. de inst. rupt. irr.* scio quod *Cujac. ad l. & eleganter ff. de dolo* dicat, quem qui sequi velit per me licet, mea sic stat ratio *in d. l. 5.* nō de dolo causam dante emptioni, sed incidente loqui. Verum hoc ambiguum esse dicis fater. Ergo ex *l. in ambigua 19 ff. de ll.* dicemus. In ambiguis eā interpretationē sumēdam esse, quæ vitio caret. Deniq; opponitur, ꝙ cōtractus bonæ fidei doli mali exceptionem in se continet, *l. 84 §. qui servum ff. de legat. 1. l 3. de resc. vend. l. 7. §. adeo ff. de pact.* R. non rectè ex eo inferri. E. nunquam dolus malus reddit contractum ipso jure nullum..

Ad l. 9. § etsi ut servum 4. h. t.

XIV.

Si servum pignoratum noxæ dederis, & per judicem sit absolutus, de dolo teneris, si apparuerit eū pignori datum esse, ita n. vulgatorum Codicū lectio habet, quam nōnihil imutat *Taurel.* putans legendum EI IT ABSOLUTUS, quod idem est ac si dicas ET ITA ABSOLUTUS, coalescēte videlicet in unum extrema antecedentis, & prima sequentis dictionis littera, quod in æ. florentinis frequenter accidit. Aliter *Ravard. 3. vario. 6.* qui post interpunctionem textus. Si servum pignoratum noxæ dederis per judicem, legit, *& it absolut.* quocircò & ita textum explicandum putat, si servum pignoratum, qui te sciente nec impediēte damnū dederat, noxali judicio provocatus, mihi noxæ dare potius quàm litis æstimationem pati malueris, & is servus idcirco JUSSUS IRE, hoc est, absolutus fuerit, quod esse tibi pignori datus diceretur, simul atq; tibi servum pignori datum esse, apparuit, factus actioni de dolo obnoxius es, nimirum quod alienum servum velut proprium noxæ dans, propriæ litis æstimationem effugere volueris dolo malo, eaq; actione noxalē litis æstimationem à te consequar,

ve-

verùm huic ſententiæ *Ravard.* adverſatur, quod is qui ſervum pignori accepit, actione noxali teneri non poſſit *l. ſi ſervus 22. §. 1. ff. de noxal. actio.* Reſpond. *Ravard.* id accipiendum eſſe de eo, qui damnum factum eſſe ignorat, diceret is aliquid ſi aliud in perſona domini conſtitutum legeretur, *l. 2. 3. 4. 5. ff. de nox. act.* proficeret item, ſi non alio intuitu *d. l. 22. §. 1.* eum noxali judicio non teneri innueret, nimirum quia non opinione domini poſſidet, quo ſpectat *l. 26. §. 6. eod.* ubi ita demum noxali judicio rectè conveniri poteſt creditor, ſi dominus præſens defendere noluerit *l. 27. in pr. eod.* quocirco putarem in ſpecie *d. §. 4.* ſervum pignoratum alteri à domino noxæ datum fuiſſe, juxta *l. 69. de V. O.* adeoq; abſolutum à judice eſſe, verum quia creditor eũ Serviana vindicaret, rectè contra dominum ſervi actio doli, quod nimirum ſervum alii obligatum diſſimulata obligatione per callıditatem noxæ dederit, ei cui damnum datum eſt, conceditur, verum ne ſic quidem dici poſſe argumento eſt *d. l. 69. V. O.* ubi dicitur actionem judicati cõtra eũ dari. Ergo ad hanc actionẽ doli ſubſidiariam recurrendum non erit, ad cujus dubitationis reſolutionem conſiderandum erit, utrum ſervum dederit noxæ antè ſententiam judicis, an poſteaquam condemnatus fuit, ſi ante ſententiam dederit, & propterea quaſi rectè dediſſet, abſolutus eſt, ut in ſpecie noſtra, non competit aliud remedium, quam actio de dolo, neque enim judicati agi poteſt contra eum, qui fuit abſolutus Si verò poſt condemnationem ſervum noxæ dederit, ut ſcilicet vitaret litis æſtimationem *l. 1. ff. de noxal. action* tum quia condemnatus eſt, rectè convenitur actione judicati, nec prodeſt ei deditio, quia pignoratum dedit, quemadmodum ei deditio nõ prodeſſet, ſi alienato uſufructu ejus ſervi dediſſet *l. 4. §. ult. ff. de re judic.* quia ſcilicet non planè fecit ſervum ejus cui dedidit *gl. ad d. l. 9. §. 4.* quod ita explicat *Pac. 2. ἐναντ. 80.*

Ad l. 11. eod.

XV.

Liberis & libertis non datur reſtitutio contra parentes, vel patronos.

l. final. C qui & adverſ. quos cui obſtare putatur *l. 5. C. de dol.* verum ea in ſpecie non reſtitutio ſed in factum actio temperata, ut

ut sc. bonæ fidei mentio fiat, conceditur, sed dices, cur extraordinario remedio utilicet, cum ordinarium intentare concedatur (*Maurit. de restitut. c. 224. n. 4.* vix se extricat) R. quia restitutio præsupponit læsionem, quæ ut plurimùm dolo vel metu adversarii contigit, *l. 1. de restit. l. non debet 11. ff. h. t.* ideo non debet, ita personarum reverentia exigente, extraordinarium hoc restitutionis remedium concedi, verum contrarium apertè decidi videtur in *l. si cum pater C. si advers. rem judic. l. 2. C. si advers. donat.* (*R. Bart. in d. l. final. C. qui & advers. quos*)

Ad l. 34. eod.

XVI.

Non cujusvis obvium est (inquit *Freher. 1. παρεργ. 7.*) in casu hujus legis fallaciam deprehendere, quæ talis est. Concessisti mihi precario in fundo tuo saxum, vel cretam, vel arenam effodere & ejicere. Ego non dubitabam, quin tacite etiam concessisses id, quod effodissem & ejecissem, tollere, meosq; in usus convertere, ideoque non curabam te rogare, ut etiam tollere sineres quasi superfluum, ut tamen id tibi tacitè reservabas, ut quod ego sumptu & labore meo effodissem retineres, hanc autem reservationem tuam cautè dissimulabas. Hoc non erat boni viri, Ideoque si sumptum in hanc rem fecerim (inquit *Ulp.*) & non patiaris me tollere, nulla alia, quàm de dolo actio locũ habet, quæ vera ejus legis sententia est, sed difficultatem patitur ex eo, quod hac in specie actio ad exhibendum & rei vindicatio, utpote domino jam effecto, concedatur *l. permisisti 16. ff. de præscr. verb. l. qui saxum. ff. de donat.* Bene R. *Johan. antiquus Gloss.* (Sequitur *Cujac. in d. l. 34*) inspiciendum esse, utrum cretam vel lapidem exemerim, nec ne, priore casu, donatio quasi traditione confirmata est, & effectus sum dominus, proinde actionibus domino competentibus, non etiam doli actione experiri debeo. Quod si nondum exemerim, sed sumptum in eam rem fecerim, quia hic nulla alia actio superest, neque enim nõdum cretæ lapidisve dominus factus sum, Ideo ad subsidiariam de dolo actionem confugere compellor, atq; hoc in dubium erit de jure π. verum quia *Justiniano* placuit, ut ex donatione nudo consensu facta detur actio, i. e. condictio ex lege, etiamsi donatio neque stipulatione, neque traditione confirmata sit *l. 35. §. ult. C. de donat.* rectè nota-

tum est ab *Accurs.* hodiè ea in specie non esse dandam de dolo actionem, sed condictionem ex lege.

Ad l.ult. C.de dol.

XVII.

An litis contestatione perpetuetur actio doli?

Affirmat *Cujac.18.observ.29.* 1. Quia hæc generalis juris est constitutio, ut nemo litem contestando deteriorem suam conditionem faciat, sed meliorem *l.nemo enim ff.de R.jur.* 2. Quia omnes actiones ante temporales litis contestatione perpetuæ fiunt *l sicut in rem 3. C.de præsc.30. vel 40. ann.*

Negat *Don.15. comm.40.in fin.* 1. Per *d. l. ult.* ibi neque ante completum biennium cœptæ, post biennium finiendæ *C. h. t.* 2. Quia gravitas hujus judicii postulat ut constringatur. 3. Quia potest intra biennium jus suum persequi læsus.

Ad l.1. §.3. ff.de minor.

XIIX.

Inviti etiam adolescentes curatorum auxilio regi debent.

d l.1.§.3. cui opponitur *§.item inviti, inst.de curator.* R. jus antiquum proponi in *d. §. item inviti,* quod sc. ex l.latoria tale erat (*Hotom in catal.legum Roman lit. L.*) ut minoribus curatores non darentur, nisi causa cognita, ut si malis moribus præditi essent, si luxui dediti, aut dissolutè viverent, quod postea ex D.Marci constitutione abrogatum est *l. 5. §. si tutor. 5. l.33. §. officium ff. de administr. & peric.tutor.* vel responderi potest, *d. §. item inutil.* sic intelligi posse, ut saltem procedat de individuo, hunc vel illum sc. dari non posse invito, adolescentem interim, ut alium accipiat, cogi posse.

Ad l.7. §.restitutus eod.

XIX.

Restitutus adversus aditam hæreditatem ut eam deserat, restitui potest.

d.

d.l.7.§.restitutus h.t.l.2.§.si bonorum.ff.ad SCtum Tertyl. non obstat *tit.C.si sapius in integr.rest.t.postul.* Cujus sententia hæc est, in una eademque causa petita restitutione in integrum & petitore repulsam passo iterum frustra restitutionem peti, nisi novæ defensiones proferantur,& hoc est,quod *Paul.*ait *lib.1.sentent.*integri restitutionem plus quam semel non esse decernendam.At si data semel fuerit restitutio ad adeundum,non ideo prohibeor aliam rursus petere ad abstinendum*(Cujac ad l.7.§.restitutus l.1.)* & rectè addit *Duar.ad d.tit. Cod.* nihil(inquit)huic titulo adversatur *d.l.7.§.restitutus*,non enim ait, posse eum iterum audiri, cui denegata est restitutio : sed loquitur de eo,qui petiit semel restitutionem,eamque obtinuit,sed postea pœnituit eum restitutionis, petiitque restitutionem adversus præcedentem restitutionem, neque enim petit se restitui adversus restitutionem denegatam. 2. Opp. *l. ult.§.non autem filio C. de bonis quæ liber.* quam Thalelæus βασιλικῶν notat,quasi *d.§.restitutus*, contrarium quod *Cujac* verissimum videtur, sed melius erit dicere speciale esse in *d.l.ult.* ratio specialitatis in eo consistit ; quod prima restitutio concessa fuerat contra factum patris, qui pro filio infante adierat hæreditatem,contra cujus factum variationem concedi non debere magna ratio suadet, *Arg.l.fin.C.qui & advers.quos.*

Ad l.si ex causa 9. §.4.eod.

XX.

Minor, qui se vendi passus est, non restituitur.

Quoniam res non capit restitutionem,cum statum mutat *d.l.si ex caus.9.§ 4.h.t.* opponit. *l. 3. §.si quis minor h.t.*ubi arrogato contra parentem adrogatorem datur restitutio. Adrogatus autem statum mutat.Eadem ratione restitutionem nulla res capit, Cum enim restitutio omnia dicatur reponere in pristinum statum,certè nisi aliquatenus mutato statu fieri non potest. *R.d.l.9 §.4.*loqui de statu juris publici. Hoc n. statu mutato nullæ sunt Prætoris partes,& ideo civé ad peregrinitatem,vel liberũ ad servitutẽ redactũ civitati vel libertati Prætor nõ restituit. Princeps restituere potest. Salvo autem hoc statu adrogatio contingit *l. 1. §.capitis ff.ad Tertyl.* sed regeres ex *l. 2. ff. de restit.* & eum restitui

qui statum mutavit. E. & qui se vendi passus est. R. id accipiendum de ea capitis diminutione esse, quæ salva civitate contingit, *l. 2. ff. de capit. minut.* noster autem cum civitatem & libertatem amiserit, nulla ratione, maximè cum & hic odium improbi hominis libertatem vendentis vertatur, restitui poterit.

Ad l. auxilium 37. §. 2. eod.

XXI.

An minori in delictis succurratur? N. dolo commissis.

1. *d. l. 37. §. 2.* Quia malos mores animi infirmitas excusare non debet ut inquit *l. 1. C. si advers. delict.* 3. Quia delicta manere impunita non debent *l. ita vulneratus ff ad l. Aquil.* 4. Quia is indignus est legum beneficio, qui in eas delinquit *l. senatoris filia. §. sed ignominiosam ff. de ritu nupt.* Opp. *l. 2. si adv. delict.* verum cum ea in lege non de matris delicto, sed sola negligentia ab omni dolo remota tractetur, non mirum si successio filiorum ipsi ea in specie nihilominus concedatur. ***An vero judex teneatur mitigare pœnam?*** vide *Gomes. 3. resolut. 1. n. 63.*

Ad l etiam ei 45. eod.

XXII.

Contra minores non currit præscriptio.

l. final. C. in quib. caus. in integ. restit. ex qua constat illud verum esse in præscriptionibus temporalibus, non etiam temporis longissimi. Atqui dices, opus est restitutione in contractibus, cur nō igitur in præscriptionibus. R. præscriptiones ex quodam juris rigore proficiscuntur, & odiosæ quodammodo sunt, contractus vero non item 2. Opp. *l. unic. C si advers. usuc. & d. l. etiam ei 45. h. t.* quibus in locis dicitur contra usucapionem minoris restitutionem impetrandam esse. R. separanda est usucapio à præscriptione. Usucapio est cum bona fide. Præscriptio vero exceptio fundans se in temporis spatio, favorabilior itaque est usucapio 3. Opp. *l. Æmilius h. t.* in qua dicitur minorem adversus præscriptionem temporariam restitui, verum dicendum est, eam loqui de præscriptione quæ ex conventione contrahentium nascitur,

quæ

quæ longè favorabilior est, quam ea quæ ex solo rigore juris proficiscitur.(*Duar.ad d.l.fin.Maurit.c.93.& seq.*)

Ad tit.C.de his qui veniam ætat.

XXIII.

Si minor veniam ætatis impetraverit, & eum restitutionis pœniteat, an restituetur minorennitati?

N. *Butrig.* 1. Quia per talem ætatis impetrationem minor est effectus major *l.2 & tot.tit.C.de his.quib.veniat ætat.* majori autem restitutio in integrum denegatur. 2. Quia aliàs nullius effectus foret illa veniæ impetratio,& scrupulosa morum inquisitio.

A. *Gloss.l.1.C d.tit.* 1. Quia venia ætatis in favorem minoris introducta est, favori autem introducto quis potest renunciare *l.pen.C.de pact.* 2. Quia hæc impetratio ætatis non debet publicæ utilitati officere,neque minoris commodo; utrumque fit,si ipse in malos inciderit mores, & patrimonii administrationi se insufficientem dixerit,nihilominus à limine judicii rejeceris, & ad objectiones *Butrig.* dicimus, eas valere durante veniæ impetratione,non itidem ea rescissa.

Ad l.1.vers. item si qua justa ff. ex quib. caus. major.

XXIV.

Quæritur an prætextu clausulæ generalis. Si qua alia justa videbitur. Præscriptio 30.annorum contra ignorantem absoluta rescindatur? N.

1. Qui præscripsit,plenissima munitione securus est *l.omnes C.de præscr.30.vel 40.* quod non verè diceretur, si restitutio aliqua competeret. 2. Præscriptio bono publico introducta est *l.1.de usucap.* contra bonum publicum restitutio non est danda. 3. Si restitutioni locus esset propter ignorantiam, nunquam vel rarò præscriptio locum haberet. Quis enim sciens pateretur res ab aliis usucapi,*arg.l.25.ibi.* nunquam ita resupinus est,ut facilè suas

pecunias jactet *ff. de prob. 4.* prob. *per l. ult.* ibi, nulla scientia vel ignorantia expectanda *C. de præscr. long. temp.* 5. Lites consopiri interest Reip. *l. æquissimum pr. ff. de usufr. in pr. inst. de usuc.* At contraria sententia admissa, lites non consopirentur, sed quotidie exorirentur, dum unusquisque ignorantiam prætendere conaretur. 6. Si ex qualibet justa causa majores restituerentur, quid inter hos & minores interesset? cum ne hi quidem, nisi ex justa causa restituantur, *l. sicut C. de præscr. 30. vel 40. ann.* 7. Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi imputare debet. At hic sua culpa sentit, cum longissimo tempore in res suas non inquirit, ut alienationi consentire dicendus sit *l. alienationi. 28. ff. de V. S. l. 3. §. gesta ff. quæ in fraud. cred.* (*Fach. 1. controv. 69. Wes. in π. h. t. n. 19.*

Ad l. 26. §. fin. eod.

XXV.

Qui Reipublicæ causa abfuit, sive reliquerit procuratorem, sive non, restitui debet.

d. l. 26. §. final. cum qua discordare videtur *l. 39. h. t. Accurs. ad l. 39.* septem adfert responsiones, ex quibus *Cujac. 19. observ. 14.* secundam probat, refellitur, quod non minus privilegiata esse debeat absentia Reip. causa, quam municipiorum, nec stringit diversitatis ratio *Cujaciana*, quam ex *Graculo* quodam profert, non enim minus abest omnium voluntate qui Republic. causa abest, quàm legatus municipalis, cum Principis voluntate absit, in quem jus suum, & potestatem eorum, quæ ad summam Reip. spectant, transtulit populus *l. 1. de constit. princip.* Rectius cum *Duar.* dicemus *d. l. 39.* pertinere ad ultimum edicti Prætorii caput, quo iis succurritur, quibus absentia nocuit. Præsenti itaque contra absentem non dabitur restitutio, si is procuratorem reliquerit, nec enim hic ullus restituendi color prætendi potest.

§ (o) §

DISPU-

DISPUTATIO SEPTIMA.

R. GEORGIO RÔLL FULDENSI.

Ad rubric. de Judiciis.

THESIS I.

ANtitulus DE JUDICIIS *sit generalis? Affirm.*

1. *l. 2. §. igitur prima quidem pars cum §. seq. C. de vet. jur. enucl.* 2. Pandectæ, atque adeo totum jus nostrum pertinet vel ad personas, vel res, vel ad actiones, personarũ tractatus præcessit, rerum subsecutus est. Quibus ex partitione proposita expositis, si ad tertium membrum progredi volumus, restat ut de *judiciis*, hoc est, *actionibus* subjiciamus, nam (ut rectè *Robertus 2. animadvers. 6.* dicit) judicia hic quasvis persecutiones significant. Quin imò si *judicii* vocabulum hoc in tractatu pro legitima disceptatione, quæ apud judicem inter duos pluresvè de re controversa contenditur, accipiamus, ipse numerus verbi (ut *Donell.* ait) retragabitur. De *judiciis* enim dictum est numero plurali, quo plura & diversi generis judicia significantur, id quod de actionibus rectè dicetur, quæ multæ sunt & variæ, quod si disceptationem illam compositores intelligerent, de judicio dici oportuit, non de judiciis, quoniam genere & partibus ubique unum est in rebus privatis, neque aliud est cum actione in rem agitur, aliud actione in personam, sed in utroque genere pariter litis contestationem, causæ cognitionem, & sententiam judicis desiderat, iisdemque rebus perficitur (quod pluribus persequitur *Donell. ad rubric. de reb. credit.*) 4. Satis ostendit illud inscriptio tituli duplex, prior enim pars DE JUDICIIS, ad sequentes titulos spectat, altera, UBI QUISQUE AGERE, &c. hujus tituli propria

pria est, (contrarium statuit *Cujac. in r. si cert. petat.* ubi contendit nullos esse titulos generales in ff. eandem sententiam reperiit *in tract. 2. ad Afric. in pr. ad l. 23. ff si cert. pet. & 7. observ. 32.* eumque ex parte sequitur *Joh. Dauth in tract. de testam. explic. legum in rubr. n. 2. f. 471.* pro cujus sententiæ refutatione vide **Robert. & Donell.** dictis locis.

II.

Ad l. 1. de Judic.

Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant in eum qui jurisdictionem habet, est jurisdictio inquit Ulp. *cujus rei ratio vulgò hæc adferri solet, quia quilibet fori privilegio ut beneficio sibi competenti renunciare potest.*

l. si quis conscribendo C. de pact. l. 1. ff. si quis in jus vocat. verum obstat. 1. *l. 9. §. 2. ff. de recept. arbitr.* ubi lege Julia in se arbitrium causæ judex recipere prohibetur. 2. Quia superioris interest, ne subditi ipsius ab alio judicentur, undè nec vasallus potest tacitè & expreßè in alterius jurisdictionem consentire *1. feudor. 17.* neque Clericis permissum est jurisdictionem judicis prorogare. *c. significasti ext. de for compet. ad d. l. d. 9. §. 2. R. Bartol. ad d. l. 1. h. t. n. 3.* quod illud in judice causæ speciale sit, ut is arbitrium suscipere non possit, ad secundum objectum notanda est distinctio *And. Geilii 1. observat. 40. n. 9.* Ex qua, id quod de Vasallis & Clericis dictum est, facilè resolvitur.

III.

Ad l. 4.

Numquid in castrensibus, aut quasi, agenti filio patrem consentire oporteat?

Affirmat **Bartol.** *in tract. different. inter jus civil. & Canon. n. 175.* ubi putat hanc esse differentiam inter jus civile & Canonicum, ut illo nunquam filius litigare possit sine consensu patris, hoc saltem in spiritualibus, quæ **Bartol.** cōsideratio improbatur *Joh.*

Vand.

Vaud. variar. quaest. 48. per *l. miles praecipua. §. 1. de castrens. pecul. 2.* quia in iis peculiis loco patrisfamilias habetur *l. ult. C. ad SCtum. Macedon. l. 2. ff eod. 3.* quia nihil juris habet pater in iis, *l. errat. C. de castrens. pecul.* Probo *ex d. l. 4 ff. h. t.* filius potest de castrensi peculio cum patre agere. Ergò & cum aliis, eo invito, ne si contrarium admittamus, ex patris voluntate demùm judicium filio dictemus, addit *Cujac.* & bona adventitia ea, quæ filio certis ex causis pleno jure acquiruntur, de quibus agit *Novell. ut liceat matr. & aviæ* &c. non movent quicquam, quæ Bartolum moverunt, *l. cum non solum. §. necessitatem. C. de bon. quæ liber. cum similib.* quoniam ad illud adventitium peculium pertinent, in quo patri ex legibus ususfructus reservatum est.

IV.

Ad l. 5.

Si quis ex aliena jurisdictione vocetur, ad prætorem venire debet, ut & Pompon. *&* Vind. *scripserunt.*

Prætoris est enim æstimare, an sua sit jurisdictio, ait *Ulpian* cui contrarium putatur quod dicitur in *l. ult. ff. de jurisd.* Extra territorium jus dicenti impunè non paretur, verum contrarium non est, sed planè separatum & diversum. Vocatus à Prætore, si dubitetur, num ipsius jurisdictioni subsit, venire debet, neque enim contemnere authoritatem Prætoris debet *d. l. 5. h. t.* Si verò constiterit postmodum ipsum de jurisdictione vocantis non esse, & nihilominus Prætor jus reddere perrexerit, impunè ei non paretur *d. l. ult.* quæ etiamsi ad magistratus municipales pertinet, ut ex inscriptione constat & conjunctione *l. inter ff. ad Municip.* tamen rectè argumentum ejus deducitur ad quemlibet alium magistratum.

V.

Ad l. 8 h. t.

Quomodo Legatus habeat jus revocandi domum.

Legatus vallatur eo privilegio, ut in loco contractus, qui jure regulari forum competens efficit, *l. 1. 2. 3. de bon. aut jud. poss* non conveniatur efficaciter, ne scilicet per causam litis revocetur à munere publico, nisi tempore legationis purè contraxisset, sibi n. imputet cum ipse sibi hanc obligationem imposuerit, vel post legatione substitisset. *d. l. 2. § legatis 3. & § omnes 4 ff h. t* Opp. *l. 8. f. h. t. R. Cui. 13. obs. 17.* Constitutum cum sit contractus accessorius, *l. 11 l. seq. & ibi Wesenbec. parat. 1. de constit. pec.* sequi suum principalem *arg. l. qui id quod 33. de donat.* Cui solutioni rursum opp. *l. 5. §. 1. de constit. pec.* Sed ibi quod principali contractu purè debet legatus, accessoriè ad conditionem revocavit; eò pro novo contractu habetur, *Cui. d. l. paulò aliter Duar. ad t. de constit. pec. c. ult. Diss. Pacius. 3. c. aut. 21. quod facit d. l. eum qui 5. §. 1.*

VI.

Ad l. 5. C. de judic.

Judex datus, nisi à Principe, judicem dare non potest.

Per text. *d. l. 5. C. h. t.* quia judex datus jurisdictionem non habet sed notionem tantum *l. à divo. 15. l. ait Prætor 5. de re jud. l. 3. C. ubi & apud quem cog. in integ. Duar. ad t. jud. 3. Valt. 1. discept. 1.* Jurisdictionis autem est iudicem dare *l. 3. §. 8. de jurisd. l. 12. §. 2. h. t.* Idque opinor est quod ait *Ulp. in l. 17. §. de jurisdict.* prætorem solere mandare iurisdictionem vel totam, vel speciem unam. Huc refer quod iudex delegatus apparitores proprios non habebat, sed eos à delegante accipiebat *Nov 90. & 99.* Et aliud est iurisdictionem mandare; iudicem dare item aliud. *Vide Duar. d. loc.* opp. Arbitrium arbiter si consentiant partes delegare potest *l. non distinг. §. 16. de recept.* Arbitria ad similitudinem iudiciorum rediguntur *l. 1. de recept.* R. Assimilantur iudiciis arbitria, non exæquantur, & conferuntur, in quibus salva utriusque natura possunt. In hoc non possunt. Judex enim non datur, nisi ab eo qui eius ius habet *d. l. 12. h. t.* Arbiter quovis compromisso.

VII.

Ad l. 12. §. 1. ff. eod.

Major 18. annis judex esse potest.

l. 1.

1.*l.quidam 57.ff. de re judicat.* 2. quia minor 25. ex l. Julia cogi non potest, ut judicet *l. cum lege 41.ff.de recept.arbitr.* Ergò si volet, poterit judicare. & in hoc differt à majore, qui omninò invitus judicare cogitur *l prator.13. §.quis autem, & §. seq. de vocat. & excusat.mun.l.unic. C. qui pro sua jurisd l.3. C. de Pedan.judicib.*3.quum antiquitas hujusmodi ætati pro aliis postulare, *l.1. §.postulare. ff. de postul. de jure respondere d. l. 1.§.postulare.* Jurisconsulti titulo insigniti concesserit(vide disput.3,q.2.) cur non etiam sui judicii stabilitas ita eum adjuvare credatur,ut judicandi munere fungi posset? *arg. §. final. Inst. quibus ex caus. manumit.* Contrarium statuit *Cujac* si modò is author sit recitationis ejus, quæ ipsius nomine ad h.t.circumfertur. 1. quia id negat *Harmenopul.1. Epitomarum.4.R.Govean. ad l.2. in fin. de jurisd.* ipsum in hac re errare (*de Harmenopulo* vide judicium *Donell. in tract. de præscipt.verb.c. 22. Forner. in selectis*) 2.Opp.*l. ad rempubl. de munere & honor. l. non tantùm de decurion.* dictum est supra disp.1. thes.18.eas ad magistratus municipales pertinere, & eleganter *d.l.ait Govean.*Decurio est senator municipalis, custos gubernatorq; Reip.suæ,Rempubl.autem adolescentibus committi periculosum est.Quæ ratio in dato judice cessat,cui cognitio de privata causa committitur,& si quid peccat, appellatione corrigitur,& ex formula judicare cogitur.3.Opp.Minor restitui potest. *tot.tit. de minor.* Et sic consequens judicia elusoria fient. *Dico*, Minorem restitui ubi ipsius negotium vertitur, hoc autem in casu si restitueretur litigantes restitui censerentur, quod ne fiat, textus monet apertus.*l.23. in fin.ff. de minor.* 4.Opp. quod arbiter major.20 annis esse debeat *d.l.cum lege 41 de Recepr. arbitr.* arbiter autem & judex comparantur,*l.1.t.eod.* Resp.non facilè recipitur appellatio in arbitro (*vid.disp. ult. q. 8.*) & ideò maturior ætas in eo desideratur.

VIII.
Ad l.12.§.2.& l.40.h.t.
An judex literarum imperitus esse poßit?

Ex *Novell.82. in pr.* distinguo, inter judicem minorem & eum qui adsessorum consilio jus dicere potest, ut hic imperitus esse possit,ille non itidem,quomodo enim (inquit *Imperat.*)non

maximum vitium erit Reipubl.non eis,qui ex se,quid agendum sit,sciant,lites tradere,sed sinere eos quærere alios, à quibus liceat discere,quæ ipsos in judicãdo eloqui deceat,&si leges minus idoneum tutelæ administrationi imperitum literarum existiment *l.6.in fin.ff.de excusat.* quanto magis idoneus ad judicandum reputabitur;adde,judex secundum jus judicare debet *§.1.inst.de offic.judic.*Ergò illud nõignorare,&si ignorare ipsi jus permiseris.Ergò&hanc necessariam consequentiam,ut si per imperitiam malè judicaverit,illud impunè ferat *arg.l.Gracchus.C.ad l.Iul.de adult.*Sed hoc falsum esse arguit *l.ul.de variis & extr.cognit.* Ergò & illud.Accedit,quod horum datorum judicum olim descriptę curiæ,ex quibus judices sumerentur,fuerint,inquas Prętor solitus fuit legere & adscribere viros probatos peritiæ & industriæ nomine,quibus delegaret causas cognoscendas, quoties delegare judicem opus esset.*(ut ex Gellio 14 noct. Attic,2.colligi potest)*probat evidenter,*l.certi juris 17.ibi pro sui & legis scientia C.h.t.*facit,*l.3.l.ult.C.de sentent.ex brevi.c.recitand.* (*vide Cujac.ad d.Novell.82.Hotom illustr.q.26. Coras.5,miscell.19.*

IX.

Ad l.30.eod.

Ubi acceptum semel est judicium, ibi & finem accipere debet.

Ut *Marcellus* scribit, quod generaliter intelligendum est, sive civile fuerit. sive criminale *Theseus Mantuan. in singular libr. Eratosthenis.* 1.Opp.huic sententiæ,*l.qui autem ff. si quis cautionibus.*qui novo privilegio utitur, non videtur in eadem causa sisti. Ergò post cœptum judicium licet uti novo privilegio.Et per cõsequens declinare forum prioris iudicii. R. potest quis novo privilegio uti, ut si debitor impetrarit inducias anni aut quinquennii.At iudicio semel cœpto nulla est præscriptio fori.2.Opponitur *l.4.§.rem.de re militar.* ubi miles effectus, postquam de crimine fuit accusatus non cogitur sub primo iudice respõdere Sunt qui dicunt,id eo in casu ideò constitutum,quia & forum & persona mutatur, quæ responsio enervatur per *l.penult.ff.de jurisd.& l.si quis 7.ff.de judic.* aliter respondet dicto loco, *Theseus*

Man-

Mantuan, putat *Cujac. d § reus*, male distinctum esse, atque § sequentem, non à verbo IGNOMINIA, sed verbo SI DICTA CAUSA, ut exaudiatur de eo qui reus capitalis criminis est, & nomen militiæ dat. In quo jus ita procedit, ut si damnatus capitali crimine militiæ nomen dederit, capite puniatur, etiamsi levior pœna damnationi ei fuerit irrogata. Aliud dicendum est, si semel dixerit causam capitalem, vel si annotatus fuerit inter reos. Nam si postea nomen militiæ dederit, ignominiosè mittetur, & remittetur ad proprium judicem. At post damnationem non potest remitti: quoniam desiit esse judex, finitum est judicium.

X.

Ad l. Apertissimi C. h t.

Num judex ordinarius etiam de jure civili recusari possit? Affirm.

1. Quia iniquum est sub suspecto judice litigare, *Covar. pract. q 26 in pr.* maximè cum ut vulgari jactatur diverbio, *Favor in judice plus valeat, quam lex in condice* 2. argumentum sumitur l. si pariter 9. ff. de liber. causa, ubi Prætor potest recusari, qui ordinarius libertatis judex est *(Forn. 2. select. 23.)* Ergò & quivis alius judex ordinarius 3 Principis delegatus potest recusari *l. apertissimi ibi.* notetur gravis ratio, quia sine suspicione lites procedere debent. *C. de judic.* Is autem major est quolibet ordinario *c. pastoralis verb. quia verò extr. de offic de leg. & sanè 11. eod.* Ergo rectè etiam ordinarius recusabitur. 4. Evidentissimum argumentum est in *l. 4. C de jurisdict.* in qua dicitur, quod post litem contestatam ordinariæ sedis examen declinari non possit. Ergò à contrario antè litem contestatam declinari poterit, & insulsus est in interpretatione istius legis *Dn. Accurs.* quem communiter secuti argumétationem à contrario non admittunt, cum juri sit contraria, nimirum *Novell. 86.* quæ vult magistratum ordinarium non posse repudiari, ut suspectum, sed alium ei adjungi, quod si concedimus, nulla superiorum argumentorum vis erit. Mea sic stat ratio non necessitatem, sed consilium *d. N. 86* proponi, ut qui judicem non vult ut suspectum in totum recusare, ei adjungatur loci Episcopus, *ne videlicet propter hujusmodi causas à patria propria recede-*

re cogatur Ergò si velit à propria patria recedere & ipsum Principem compellare, omninò ipsum exinde judicem recusare posse consequitur, & hanc electionem ei manifesto tribuit *Novell. 53. c. illud. 3. verb.* sancimus in verb. *sive repudiare voluerit, sive etiam cum eo alium judicem petere.*

XI.

Ad l. 52. de jud.

Exceptio dilatoria refutandi judicis post litem contestatam frustrà opponitur.

1. Quia par est, inquit *Cujac. 9. obs. 23.* initio litis personas quibus judicium constat certas constitui, ideò dilatorias exceptiones, quæ ex iis oriuntur ante litem contestatam examinari generaliter jura caverunt. *d. l. 52. D. de jud. l. 4. C. de in jus voc. l. 14. l. 19. C. de judic. l. 4. C. de jurisd. l. f. C. de except. l. ff. C. de sent. & interloc. l. 2.* per text. ex pr. *in l. 12. C. de judic. ibi:* quod si & justè recusare videbitur post contestationem & *c. 3. N. 53. c. 3. pr. ibi quidam verò respicientes &c.* Ac ideò Imperator in ead. N. §. *seq.* decendium juris veteris duplicavit, ne temporis angustiis præpediti judicis refutandi facultate temerè exciderent. 4. arg. est in *l. 7. C. de pr[...]dict.* quod post litem contestatam, causis recusandi judi[...] quas habuit, renuntiare videatur. *Hottom. ad l. 16. C. b. t.* Mul[...]plicem praxin contrariam vide apud *Covar. pract. qq. 26. n. 2.* Sed frustra se exceptione arceri queritur, cui ne excluderetur intervallum 20. dierum relinquebatur.

XII.

An & post exceptiones dilatorias alias?

Aff. *Mynf. 5. obs. 89. Vult. 2. I. R. c. 30. n. 65. & seqq.* & ab iis allegati, quia exceptiones quæ judici oponuntur, omnium primæ esse debent *l. f. C. de except. l. peremtoria cum ibi not. C. sent. r[...]sc. non 2.* quia aliis excipiens in jurisdictionem judicis consentire videtur unde ad hanc ipsi regressus non datur. *Negant alii* propter generalitatem textuum qui antè litis contest. simpliciter nullo definito præ locis dilatoriarum aliarum jure opponi recusationem judicis concedunt. *Quibus astipulor, quia cui ipsa lis maturius quàm post 20. dies contestata ad recusationem non obest d. n. 53. c. 3.*

c.3.n.82.& n.96.non videam.cur exceptiones aliæ intra dictum tempus oppositæ usq; eò præjudicent, vide Hot.ad l.apertiß.C.de jud. Et quia in ambiguo, id inesse tum magna hæc est sententia magis favorabilis.

XIII.

Ad eandem l.

Jus civile exprimere causam suspicionis vel recusationis exigit æquè ac Canonicum.

Quia nisi causas justas recusans alleget apud datum experiri cogitur. *l.si pariter.9.§.pr.de liberali causa.1.l.f.C.de jud.c.cum speciali.61.c secundo 41.de appellat.Cui lib.9.obs.23.Hot.ad l.apertißimi C.h.t Diß.Geil.1.obs.33 Myns.2.obs.52.*

XIV.

Ad l.exigere 65. ff.de jud.

Mulier dotem in foro domicilii exigit; non ubi dotis instrumentū confectū est. Et quare?

Favorem dotium causatur *Bart.* Negat *Robert.* quod hic dos constringatur. *Castr.ex l.hæres:§.2.h.t.* tribuit, quod maritus ut advena & jamiam profecturus instrumenta conficeretur. Sed quid si diu substiterit eo in in loco ubi instrumēta conficiuntur? Cur in dubio contra dotem præsumitur contra *l.70. de j. dot.* dotis contractus perficitur solummodo subsequente matrimonio *l.3.eod.c accessorium de R.I.in 6.* ideò quod in loco instrumentorum dotalium gestum fuerat, contractus nomen non habere putat, sed id omne suspendi ad locum & tempus matrimonii per verba l. per conditionem matrimonii genus contractus est super dote contrahere. Adde ea quæ de legato supra *th.8.* Præter hanc & aliam accumulat. JC. Mulier ipsa per conditionem matrimonii erat reditura in domicilium mariti, indidemque sortitur forum ex persona mariti, *l.22. §.1.l.f. §.3. ad municip.* Eodem igitur voto & dotem eò redigere velle videntur, *arg.l.12.C.qui pot.in pigne* uno in negotio dispar votū. Cæterū & in loco contractus matrimonialis mulier dotē repetit, si non peregrinabundus hæserit paulum & contraxerit maritus per juris regulā in *l.4.§.f.de edend.l.1.l.2.l.3.de bon.aut.jud. per l.40.h.t.* ubi attenditur locus, in quo contrahitur super distrahendo matrimonio.

Ad

XV.

Ad l.74.ff. de judiciis.

Quid sit circa incidentem quæstionem officium judicis?

Incidens id omne fuerit, quod extra formulam institutæ actionis disceptatur per & propter dependentiam *arg.l.1.C.de off. Rect.prov.l 1.ubi Gotofr.C.de ord.jud.* quod vel cum ipsa controversia principali statim incidit ut conditio intentionis suspendens sententiam *arg.l 5.§.8. & §.18 de agn. & al.lib.* & necesse non est, judicem de tali seorsum interloqui, cum ejus decisio in quemcunque sententiæ eventum conjuncta sit & membrum principalis esse videatur, *t.t.C.de ord.jud.l.2.C.ord.cogn.* Arbitrabitur tamen judex, utrum tutius sit pro minuenda lite interlocutoriam separare à definitione, an vero utramque conjungere. *Menoch.2.arbit qq.cent.2.c.167.* quod dissentientis *Roberti 1.sent.12.* argumentum assumit & confutat. Adde *Fach. 1. controv. c. 43.* Aut dum jam super causa disceptatur, incidit quæstio controversia pro processu perimẽdo *l.ult.de noxal.act.l.3.pr.de pravar.* quam necesse est judex cognitione summaria habita pro promovendo principali tollat interloquendo *arg.l. intra. 39.pr. de minor.* Aut incidit, quod tantum moram parit, quod cum vel approbandum vel rejiciendum, tacitè sepè id fieri potest per judicem *arg. c.suborta extra de sent.& re jud.c. cum dilectus extra de ord. cog.l. Lucius de his qui not.inf.l.exceptionem C.de probat.l.siquidem C. de except.* Id quod emergens vocat *d.loco.Fach.* illa incidentia. *De criminali super incidenti civili Cui par.C.de ord.judic.Gotofr.ad l. 3. ibid. l. 4. eodem cum d.l.3.componit Cui 20. obs 25.diff Fach.d.loco f.*

XVI.

Ad l.77.

In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.

Authore *Africano*, quod confirmat *l.lex de Cornelia ff.de injur.* atqui nemo in propria causa judex esse poterit. *l. penult. ff. de recept.arbitr.* pater autem & filius pro una & eadem persona haben-

bentur. *l. ult. C. de impub. & al. substit.* R. id fieri fictione juris, quam patria potestas inducit, cujus in publicis nulla habetur ratio. Opp. *l. qui jurisdictioni ff. de jurisd.* R. jus dicere & judicare planè sunt diversa, hoc potest, illud non item, quod displicet *Cujac. ad d. l. 77.* Qua ratione (inquit) pater potest in causa filii judicare, potest etiam jus dicere. Quia sc. judicare munus publicum est. In muneribus publicis non spectatur potestas vel auctoritas patris. (*vid. Guibert. 9. quæst.*) instat *Cuj, ex l. ille à quo 13. §. ult. ad Trebell.* ubi pater filium cogit, ut adeat hæreditatem, quod est jus dicere. Sed R. ideò casu admitti, quia coactio hæc extraneo profutura est, qui vel nunc facilè admittit patrem, cessante omnis affectionis suspicione.

XVII.

Ad l. 79. ff. de judiciis.

Judex in non specialiter petitas à victore expensas victum condemnare potest.

1. Qui enim restitui petit ad jus suum petit simul fructus, accessiones, impensas, &c. vi propria significationis vocabuli Restituere, *l. 22. ubi prolixè Gœd. num. 17. d. V. S.* 2. pro eodem textus sunt in *l. 3. C. quand. provoc. non est, ibi:* & provocatione ejus *l. 3. C. de fruct. & lit. expens. l. 1. l. 2. C. h. t. eod.* 3. Impensæ merito veniunt & jure actionis *d. l. 3.* Judicis autem officium duo præcipuè obit monia, jus dicere & eam dictionem explicare pro modo formulæ in libello propositæ & positæ: pro priore necesse est nobile judicis officium implorare; pro posteriore sufficit petiisse sibi administrari justitiam, seu jus suum sibi restitui. *Myns. 4. obs. 55. n. 4* quæ enim meritò actionis veniunt, motu judex expedit proprio *t. t. I de offic. jud. l. uni. C. ut quæ desunt advocat. part. jud. supp. l. 25. §. 8. de ædil. edict.* Cujus vers. ea autem, obstare putant, sed potestatem judicis non excludit, cum removeat tantum anxiam necessitatem, qualis est ea, quæ in l. sancimus. C. de judic. visitur. *Aliter Gœdd. d. loco n. 18.* Opp. *l. 29. de ædil edict. & l. 9. §. qui interrogatus de interrogat.* Quarum illa nihil probat, hæc contrarium confirmat.

XIIX.

Ad l.1.ff.de inoff.testam.

Naturales liberi de inoff. quæri non possunt.

Nullam enim habent legitimam. 1. quia N.89. licentiam concedit, non imponit necessitatem relinquendi duas uncias; rigorem enim LL *Constantinarum* moderatur de non relinquendo, quicquam liberis naturalibus, de quo in *l.1. l.ult. vers. filius n. C.de natur lib.* Qui verò licentiam facit de eo quod rigor pristinus præcisè abnegabat, non statim imponit necessitatem; nisi eam exprimat. 2. Cujus gradus personis testatur ad excludendam querelam legitimam relinquit, ab eo gradu arcentur naturales *d.N.89.c.12.§.6.3.n.* Naturales legitimantur ad legitimam: hæc enim ex suitate in liberis pendet, postquam naturales facti sunt legitimi, tunc demùm jus capiendi legitimam & querelæ accipiunt. *d. N.89.pr.4.* Legitima in locum querelæ sufficitur; eam autem naturales adversus patris testamentum nunquam habuerunt *Hott.disp.de spuriis c.3. Diss. Cujac.ad N.18. & 2.obs.21.3. obs.8.& 14.obs.4.* Sed non probat necessitatem relinquendi.

XIX.

Ad l.4.de inoff. testam.

Querelæ origo ex jure non scripto est.

1. Quia non ex jure civili; Eo enim uti quisque suæ rei legassit ita jus fuit; quippe cum querela ejusmodi incognita. *l. 8. pr.de bon.poss.cont.tab.l.ult de lib.& posth.l.23.pr. h.t.* nec ex jure prætorio; quia prætor hæredem non facit, sed bonorum possessorem *§.2.I.de bon.poss.* Per sententiam autem secundum querelam testamentum rescinditur & suus hæres quærens fit. *l. 8.§.16.ff.h.t.* Relinquitur ergò quod de jure civili & prætorio negatur, moribus tribui, cum speciem quartam juris Romani non agnoscamus. 2. Per *l.5.ff. de inoff. test. ibi*: agant & obtinere assiduè soleant *3.pr.I eod. ibi*: inductum est & *l.37.pr de LL ibi*: inductum est. 3. Querela in centumvirali judicio agitatur *l.17.h.t.* præside prætore *l.5. eod.* sententias centumvirorum colligente *l.10.l.15.§.2. eod.* Sed in centumvirale judicium saltem causæ transcendentes

jus

jus civile & prætorium deducuntur, quæ habita ratione æquitatis pro religione centumvirorum reciduntur, arg. eorum qui habet *Spiedell. in lex. jur. verbo centum jud.* (*Diss. Vult. ad pr. l. h. t. Cujac. 2 obs. 21. 14. obs. 14.*

XX.

Ad l. 6. pr. ff. de inoff. testam.

Posthumus omni jure civili potest exhæredari usq; ad querelam.

Olim potuit *l. 14. de lib. & posthumis.* §. *1. de exhær. lib.* quod correctum hodie non reperitur. 2. Differentia testamenti nullius & injusti confirmatur. *N. 115. c. 8 f.* Usus hujus quæstionis est, quod posthumo non quærente testamentum patris subsistat. (*Diss. Cujac. 4 ad African. & ad l. 14. Gotofr. ad l. 33.* §. *1. per illum tex. & d. l. 55. de fideicom. libert* quia ingratus fieri nequit) Cui objicit *Alc. 4. paradox 10* & olim non sine justa causa liberos exhæredare licuisse per *l. cum rarò 7. de bon. dam.* posthumum tamen nihilominus legitimè exhæredatum.

XXI.

Ad l. 8. §. 6. de inoff. testam.

Legitima etiam hodiè alio quam institutionis titulo relinquitur.

Regula hæc est in *N. 18. s. 1. vers.* sive quis illud, quæ firmatur exceptione in *N. 115. c. 3. pr. 2.* Liberi hæredes scripti & certa parte contenti esse jussi etsi in legitima, cujus esse in quota est, instituti non sint, testamentum non evacuant querelæ, sed ad supplementum agunt *N. d. 115. c. 5. 3. d. N. 115. c. 3. 4. 5.* injustam exhæredationem & præteritionem tantùm coercet *d. l. 5 ibi:* præterire autem exhæredes facere *d. c. ibi:* exhæredationis autem præteritionis *d. c. 5. ibi* testatorum injuria. Quia autem legitimam præter institutionis titulum alio quodam accepit, exhæredatus non est, nec præteritus, quia habet legitimam per *d. 18. c. 1. Diss. Communiter Dd. per d. c. 3 princ.*

XXII.

Ad rub. de pet. hæred.

Petitio hæreditatis est actio in rem mista.

Per text. ex pr. in *l. 1. C. h. t.* ubi dicitur actio personalis mixta; *& l. 25. §. 18. ff. h. t.* ubi dicitur ob personales præstationes, ut ita jam utrum potius sit & præemineat in hac actione vix discernas *Hot in sp. h. t. n. 3. Schn. actionem de hered. pet. n. 1. & 2. l. de act. Diss. Men. 1. adipis. poss. rem, 4. 28. cum seqq. Iason. ad §. quedam l de action. n. 21.* nimirum rem à potiori denominationem accipere *l. quaritur de statu hom. l. in repetenda ff. de testibus* Petitio hæreditatis magis in rem est *d. l. 25. §. 18. l. 27. §. 3. de rei vend.* quæ mihi videntur veterem JCtorum dissensionem alere, de qua in *d. §. actionum c. 8. l. ult. §. C. h. t.* Inter quos dubitatur, an bonæfidei esset hæreditatis petitio, aliis ajentibus, quod personales haberet præstationes, negantibus aliis, quod cum magis in rem sit, & verò actiones in rem nullæ b. fidei reperiantur. *Sch. a. n. 1.* à potiori negationem esse stabiliendam. Justinianus autem bonaf. esse & permanere vult, unde tàm in personam quàm in rem mixta est.

DISPUTATIO OCTAVA.

℞. M. GEORGIO NEVINO LIPSENSE.

Ad l. 1. §. 2. de rei vindicat.

THESIS I.

REi Vindicatione non rectè petuntur liberi nostri, nisi adjecta causa ex lege Quiritium.

d. l. 1. §. 2. cujus rei ratio (ut *Pinell.* putat *in rubr. p. 1. C. de bon. matern. n. 5.*) hæc est, quia vindicatio præsupponit dominium

l.

l.23.in pr.ff hoc tit. Dominium est de jure gentium *l.1.de adquir rer. domin.* Patria autem potestas non facit patrem dominum, nec si id faceret, id esset jure gentium, sed civili, verum si poneretur, nunc utique rei vindicatio daretur, cùm ea competat ei, qui vel jure gentium vel civili dominum habet *d.l.23. in pr. h.t.* Ergò quod Piriel priore loco rectè posuit, si explicari (ut ante eum *Ferret ad §.prajudicialis Inst.de Action.*) debet. Si liberum dico, eo ipso me vindicare non posse profiteor, cum liberi hominis nullum sit dominium, quod à parte vindicantis fundamentum petitionis est *d.l.23.in pr.* Verùm si dico me Ex Jure Roman. Quo parentes liberos in potestate habent, vindicare, rectè me egisse *Pomponius* judicat, quia jure potestatis, non alicujus dominii peto.

II.
Ad l.1.§.3.

Rei vindicatio rerum incorporalium nomine num competit?

Putat id quidem *Donell.ad §.omnium Inst de act.n.18.* motus argumento § *æquè Inst.d.t.* ubi de rebus incorporalibus, inquit, putat servitutibus etiam actionem in rem esse disserte scriptum est. Si in rem Actio, utique & Vindicatio, præsertim quando omnem in rem Actionem vindicationem appellari constat ex *l.Actionum in prin.ff.de Obl. & A.* Et quid verbis opus? cum tot locis manifestè dicantur Servitutes vindicari, *t.t.ff.si serv. vind.l.pen. §.1.ff.si usufr.pet.* Verùm *Donellus* in ipsam nominis Etymologiam impingit. A vindicando enim hoc est, asserendo à manu possessoris vindicatio dicta est, ut *Revard.d.c.6.ad ll.12.tabb.* restis est. Id quod vel maximè ex veteri vindicationis formula patet. Acturus enim, si quidem res mobilis & præstò erat, manu injecta & in jus delata quodammodo vim ei adhibebat, quod eam rem vi jure licita esse repetiturus; si non præstò erat, solebat actio in rem ad Exhibendum præcedere, ut ejus copia facta manus injici possent. Ad quod Ovid lib.1. Amor allusit:

Et dicam mea sunt, injiciamque manus: (& alibi)
Injiciam dominas in mea jure manus.

Sin immobilis res erat, ut in judicium deferri non posset, glebam ex argo, de quo litigabatur, in jus deferebant, & in ea gleba, tanquam in toto agro rem vindicabant *Agel 10. Noct. Att. 9.* Quæ omnia rebus incorporalibus nullo modo convenire possunt, ut quæ tangi nequeunt, ideoque nec manus injici his. His accedit *§. omnium 1. Inst. d. t. verb. veluti rem corporalem:* Ubi *Accurs. per l. 56. ff. h t. Joh. Faber. d. § n. 26. Wesenbec in par. ff. h. t. n. 5. Vult. jur. Rom. 22. & d §. 1. Inst. n. 55.* Nec impediunt argumenta *Donelli*, ut quibus cœlum terræ, genus vindicationis scil. cum rei Vindicatione miscet, de qua re vide *Cujac. 5. obs. 29.* Adde *Borch. in § æquè. Inst. de act.*

III.

Ad l. 5. §. de arbore. 3. eod.

De arbore quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit Varus & Nerva *utilem in rem actionem dabant.*

d. l. 5. §. 3. quorum sententia improbatur *Caio in l. 7. §. final. ff. de acq. rei dom.* quia ratio non permittat, ut alterius arbor intelligatur quam cujus in fundum radices egit, displicet itidem *Paulo in l. 26. §. arbor. eod.* credibile enim est (inquit) alio terræ alimento aliam factam arborem esse, *quid igitur?* annè contraria hæc dicimus? res id fateri nos cogit, qui enim arborem ei tribuit, cujus in fundo radices egit, veteri domino dominum ejus, & per hoc actionem denegat *d. l 27. §. arbor.* juncta *l. 23. in pr. ff. de rei vindicat.* ut nec Glossema *Accursii* recipi possit, quod ad instar ferruminationis in factum actionem *Varus* & *Nerva* dabant, ut æstimationis quæstio hic supervacua sit, neque verendum eo posito, quicquam nos *Justiniano* adversum constituere, dum pugnantiam jurium verè, in jure non extare, prædicat. Hæc enim ex autorum quiden sententia pugnant, non verò ex attributa juris vi. *Vari* siquidem & *Nervæ* sententiæ vis juris tributa non est, nisi & hoc nobis eripere tentet ex eo aliquis, quod simpliciter eorum sententia ab *Ulpiano* proponatur, quod ipsum concedimus proponi, verum non probari. Et ne cui hoc mirum videa-

deatur, sciamus non nunc primum à me dici, referri interdum à JCtis in Pandectis veterum sententias, quas tamen ii, qui proponunt eas referre, non probent, aut certè quæ probandæ non sint. Exemplum ejus rei suppeditabit Disputationis tertiæ thesis sexta. *Donell. 4. comment. 35.*

IV.

Argument. l. 10. & seqq. h. t.

Rei vindicatio etiam, pro re mobili in loco ubi res est, institui poterit.

Quod olim si rectè dixit *Azo 1.* Quia præsenti possessione datur realis actio *l. non alias 24. ff de judic.* 2. Quia ibi agendum est, ubi res posita est *l. quod legatur in fin. ff. de Re Iudic.* 3. Hoc suadet ratio æquitatis (inquit *Salicet ad l. fin. C. ubi rem act.*) magna enim æquitas est, ut forensis ibi respondeat ex quo ibi rem habet, quã quod actor qui suam rem præsentem vidit, maximis sumptibus reum sequi ad forum sui domicilii cogatur. 4. Si teneretur actor judicem domicilii adire, interea contingere possit, ut inopia rei mihi inanis mea reddatur actio, ut melius sit hoc in casu in tempore occurrere, quam post exitum vindicare, ut dicitur in *l. 1. C. quand. lic. unuicq. sine jud. l. final. C. in quib. caus. rest. in int.* Et hanc sententiam (Teste *Sichard. ad l. final. C. ubi in rem n. 3.*) communis consuetudo Germaniæ approbat. Contrarium voluit *Hugolin.* sc. forensem non teneri respondere, cogi tamen satisdare judicio sisti in loco sui domicilii *per l. SCto. 16. ff. de offic. præsid.* cui argumento respondet *Salicet.* id in proposito non obtinere, cum in *d. l. SC.* non ratione rei, sed ratione officii causa differatur. 2. Opp. quia ibi res non diu permansura est, arg. ejus quod dicitur de rebus domum per inquilinum invectis, pro mercede tacite sunt obligatæ, si ibi sint permansuræ, alias non *l. debitor ff. pignorib.* Resp. eam ob causam concedi debere actionem, ne sc. rem in alium locum transferendo, durior persequendi causa reddatur, unde & *in d. l. non Alias §. 2. ff. de judic.* licet servus non sit diu permansurus, tamen si per hoc Legatus non impediatur, non impeditur actio.

V.

V.

Ad l. 15. §. final. eod.

Ad quem naturalis rei interitus post institutum judicium pertinet.

Quemadmodum quod dari natura non poteſt, in obligationem deduci nequit *l. ſi ſtipulor. de V. O.* ſic quod dari poterat, ab initio utiliter, ſi poſtea dari poſſe deſinat, & ipſum ita deſinit deberi, ut ſtatim perimatur obligatio, omninoque debitor liberetur, *§. 1. Inſt. de inutilibus ſtipulat.* Efficitur utrumque ex eo principio, quod de omni obligatione rectè conſtitutum eſt. Impoſſibilium nullam eſſe obligationem *l. Impoßibilium ff. de R. I.* quod totum tamen hanc annexam habet conditionem: SI PER DEBITOREM NON STETERIT, ut ea de re eſt textus *in l. 23. ff. de V. O.* Quando autem per debitorem ſtetiſſe dicatur, non facilè eſt definire. Sunt qui tum ſtetiſſe dicant, Si rem in judicium deductam non ſtatim reus reddiderit. Alii inter bonæfidei & malæfidei poſſeſſorem diſtinguunt, hunc indiſtinctè teneri ſtatuentes, illum tum demum ſi juſtam litigandi cauſam non habuerit. (*vid. Cujac. ad d. l. 23. ibidem Donell. Duar. ff. de V. O. Coſtal. ad l. 5. de reb. credit. Hotom. illuſt. quæſt. 30. Gœdd. l. 12. §. 1. num. 9. de V. S. Fachin. 2. controverſ. 72. Delr. ad l. 23. c. 21. de R. I.*) Rem totam in tract noſtro *de mora c. 8. n. 2.* ſic explicavimus, Bonæfidei poſſeſſorem ſemper liberari. Malæfidei tum demum, ſi petitor diſtracturus rem non fuiſſet, *l. illud 40. ff. de hæred. petit. l. 15. § final. ff. de petit. hæred. l. utiq. 16. ff. eod. l. 12. §. ſi poſt. ff. ad exhib. l. 14. §. ult ff. depoſit. l. 8. de rejudic.* (juxta lectionem Duaren. aut retenta vulgari bona erit ex eo collectio) diſtinctio hæc æquitatem habet ſummam, cum enim bonæfidei poſſeſſor ſine dolo ad judicium provocat, moram facere non videtur *l. qui ſine 63. de R. I.* & ne alias cogatur jus ſuum indefenſum relinquere *d. l. illud verſ. nec enim ff. de petit. hæred.* in malæfidei poſſeſſore res clara eſt. Si enim petitor diſtracturus rem fuiſſet, precium habuiſſet, quod ei facto alterius præripi non debet, quo alienationis colore ceſſante, nihil ipſius interfuit, rem habuiſſe; cum & eodem modo peritura fuiſſet. Verùm huic, quod de bonæfidei poſſeſſore dicitur, obſtat,

quod

quod & ille post litem contestatam, incipiat esse in mora & impediat & petitorem rem distrahere volentem. Resp. negando illud *per d.l.63.de R.I.*& rationem *d.l.3 ad dep. t. hared.* quia videlicet suum defendere voluit. 2. Opp. quod omnis possessor post litem contestatam incipiat esse in mala fide *l. 4. de adquir. rer. dom. l. 22. C. d. Rei Vind. l. 25. ff. de usur.* Resp. id in fructibus locum habere, quorum perceptio nititur maxime bona fide *l. 48. de adquir. rer. dom.* at nos hic loquimur de corpore & reipsa 3. Opp. quod multis in locis dicatur malæ fidei possessorem indistinctè teneri de periculo, neque distinguitur in eo, sit ne rem distracturus, nec ne, *l. 5. ff: de Reb. cred. l. 12. in fin. ff. deposit. l. si filiofamil. 26. §. si post. ff. solut. matrimon. l. 26. §. 4. ff. de noxalibus actionibus.* Resp. illis quidem in locis hanc distinctionem omissam esse. sed supplendam ex aliis, ut *d.l.14. §. final. ff. de deposit. l. 47. in fin. ff. de legat. 1. 4.* Opp. *l. cum fundus 31. in pr. ff. de Reb. credit.* ubi post judicium acceptum causa omnis restituenda est, id est omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutum fuisset. Resp. id verum esse de fructibus, partu & rei utilitate, quę omnia appellatione causæ veniunt *l. utique 16. ff. de Rei vindicat.* non vero de re ipsa, Uno tamen in casu hæc distinctio non obtinet, nempè in improbo possessore, ut fure, raptore, invasore ad hunc enim periculum omne pertinet, sive petitor distracturus fuisset, sive non, *l. 1. §* rectissimè *& §. denique l. penult. ff. de vi & vi armat*, (quod notavit *Hottom. d. quæst. 30.*) neque obstat *l. item si 4. §. quid si homo. ff. quod met. caus.* proprio loco ... *Hottoman.* sed ex hoc ... fur & morator æquiparantur *l. inter stipulantem 83. & penul. ff. de V. O.* Verum non si una aliqua in re comparantur, idcirco in omnibus comparandi sunt, inquit d. loco Hotoman.

VI.

Ad l. 16. & 17. eod.

Mortuo homine petito post moram quousque ratio fructuum haberi debeat?

Elegantis dubitationis est. Res ista commodè per distinctionem explicari posse videtur. Dolo an culpa, vel fato is mortuus

sit. Nam si sine possessoris dolo aut culpa mortuus sit, ratio fru-ctuum ad mortem usque duntaxat habebitur, *l penult. [illegible]* Si verò mortuus sit dolo aut culpa possessoris, ratio fructuum [illegible] beri debet usque ad tempus sententiæ seu rei judicatæ, ex [illegible] batii sentētia, *l. 33. ff. eod.* habet hęc distinctio (inquit *Fab. [illegible]* *2.*) rationem manifestā, Si enim sine dolo, id est, morte homo [illegible] reat, certè possessor amplius non tenebitur, etsi post litem [illegible] statam pereat, *d. l. 16. h. t.* Non tenetur, inquam, de re hoc est, [illegible] mine. De fructibus tamen tenetur; sed eousque [illegible] fuit *d. l. 16.* Absurdum enim est, possessorem alterius de fructibus [illegible] teneri, quam de re, cujus sunt fructus. Cum vero mortuus est d[illegible] lo possessoris, fingitur adhuc extare *l. si servum 91. ff de V. O.* [illegible] & possessor de eo & ejus quoque fructibus tenebitur, [illegible] scilicet illi percipi potuissent, hoc est, usque ad tempus [illegible] catæ. Quare licet in *l. 17. in pr. h. t.* hujus distinctionis [illegible] mentio sed indistinctè dicatur, homine mortuo post [illegible] possessoris, fructuum rationem usq; ad tempus rei judicatæ [illegible] ctandam esset id tamen ita supplendum erit ex *d l fru[illegible]* si scilicet, dolo vel culpa possessoris homo perierit, cum [illegible] tio & æquitas distinctionis hoc postulat, tum quia *Ju[illegible]* *l. 17. ab Ulp.* citatus & à *Paul. in d. l. fructus. 33.* ita distingue[illegible] gatur. Non rectè igitur *Cujac. 9. observat. 24.* putat [illegible] *l. fructus 33 mendo [illegible]*. Et pro, ET IDEO SI DOLO, legit, ET [illegible] SINE DOLO, cum quia contra omnium librorum au[illegible] illud facit, tum quia æquissimam supra positam di[illegible] evertit, ad rem verò non pertinet *l. si à bonafidei 21. ff h. [illegible]* de fructibus loquitur, sed de homine petito, & cum [illegible] standos esse à possessore fructus ejus temporis, qui [illegible] stendit ejus temporis quo ipse non possedit fructus cū [illegible] nō debere. Nec sane aliter sine maxima possessoris [illegible] stitui posset, qui nullius doli aut culpæ arguitur, quiq; ab [illegible] bonæfidei possessor fuit, de illo enim lex loquitur, non de [illegible] fidei possessore quanquam hac in parte, cum de fructibus [illegible] tuēdis quæritur, nō bonæfidei possessor a prædone [illegible] post litē n. contestatam omnes possessores [illegible] ratione fructuum cen-sentur malæfidei possessores *l. 48. ff. de acquir. rer. dom, l. 22. [illegible]* *l. 25. de usur.* Itaque & *Accurs.* hic fallitur, distinguens [illegible]

[illegible]

possessorem [illegible] malæfidei possessore. (plenius refutat, *d. loco Faber.*) Et quod *Paulus* notat. in *d. l. penult. h. t.* in vers. esse *Labeonis* sententiam, si nō prius is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operæ ejus inutiles factæ sunt, non sic accipiendū est, quasi *Paul.* noluit verum esse, quod dictū est, rationem fructuū haberi usque ad mortem. Sed tantum exceptionem adfert, qua nec dū fructuum ratio usq; ad mortē haberi potest, [illegible] mortē servus aliquādiu ægrotarit, ita ut nullæ ipsius essent operæ & fructus, hoc enim casu fructuū ratio habebitur, non usq; ad mortē sed morbū. Ratio & æquitas hujus exceptionis est perspicua & in *d. l. penult.* expressa, nam ne si vixisset quidem (inquit) ICtus in ea valetudine fructus ejus temporis nomine æstimari convenit.

VII.

Ad l. 23. in pr. eod.

Num dominium rectè in directum & utile dividatur?

N. *Duar. 1. disput. 17. Cujac. 11. observat. 35. Giphan. in tract. de divis. jur. 35. Thes. 1.* Quia nullibi in jure talis distinctio reperitur. 2. Quia hæc actionis & exceptionis sunt differentiæ, quæ dominio non possunt accommodari, eò quod utilitas, id est, æquitas exceptiones & interdum actiones inducit, non [illegible] dominium 3. [illegible]

[illegible] *Covarr. 6. miscel. 20. Costal. ad l. 1. si ager. vectigal.* & communiter Dd. quorum sententia recipi potest, quia non tantum quid verbis, quam quid sensu legum exprimitur inspiciendum est, *l. 6. de V. S.* Ideo licet novitas hæc verborum legibus incognita sit, res tamen si cognita est. 1. Quia vindicatio alia est directa, alia utilis *arg. l. 23. h. t.* Vindicatio autem præsupponit dominium *d. l. 23. in pr.* Ergo & necessum, ut aliud dominium sit utile aliud directum effectus enim arguit suam causam. 2. Qui in perpetuum fundum fruendum a municipibus conduxit, habet in rem actionem *l. 1. §. ff. si ager. vectigal. petat.* (*Cujac. 7. observat. 3.*) atqui dominus is non efficitur *d. l. 1. §. 1.* scilicet proprietatis, necessum itaque possessionis, cujus in-

tuit i vindicatio conceditur, quod confirmat *l. possessores. l. de fund. patrimonial. l. si quis ex titulo C. de divers. prædiis urb. & rustic.* (ad. ar. Goedd. *ad l. 17. n. 18. de V. S.*)

VIII.

Ad d. l. 23. §. Tignum.

Tignum alienis ædibus junctum nemo vindicare potest, propter legem 12. tabul. inquit Paul. *non quia id natura non ferat, sed ne ædificia sub hoc prætextu diruantur.*

L. 1 de tign. junct. atque ita ruinis urbs deformetur, *§. cum in suo inst. de rer. divis. l. 2. C. de ædif. privator.* quod non eo credendum est, quasi domino materiæ res sua pereat sed ea ... re extincta, alia actio de æstimatione ei data est, qua non ... facile ad jus suum pervenire potest, scilicet actio anti... tigno juncto *d. l. 1. de Tign. junct. l. 6. ad exhib.* & ne queri posset ... in duplum *l. adeo §. cum in suo de acquir. rer. domin.* & qu... contra malæfidei possessorem agatur, duplum totum ... contra bonæfidei possessorem, duplo simplum contin... in illo hoc amplius est, ut præter duplum ad exhibendum ... ne conveniri possit *l. Julianus §. quantum. ff. ad exhibend.* ... *tignum. h. t.* non ita quidem ut quod junctum est dissol... enim fieri non potest, quia id fieri lex vetuit, verum ita, ... qui junxit, sic conveniamus, quasi dolo malo fecerit, quo ... possideat *d. l. 1. de tign. junct.* ut sic quæ ipso jure ad exhibendum actio propter decemviralem legem inutilis est, eadem illa ... ex scientia ejusque qui junxit mala fide, efficiatur replic... auxilio, addit *Cujac.* & vindicatione, quasi dolo desierit po... re, teneri *l. 2. de tign. junct.* quod displicet, quæ enim juncta ... ædibus, separata duntaxat vindicantur, authore *Ulpian.* ... *de except. rei jud l. 98. in fin. ff. de solutionib.* eoque visus est, *Ulpian.* respexisse *in d. l. 2. de tign. junct.* ut putat *Ravard. ad l. 12. tabul.* nunc quæritur, de dupli præstatione? *Cujac. 23. obs. 19* distinguit. Si tignum furtivum sit, quod ignorans suo ædificio junxit, ... in duplum, si non sit furtivum actio in factum prætoria ... no-

nomine contra eum datur *l. 98. in fin. de solut.* quæ distinctio convellitur hac nostra *l. 23. §. tignum. h. t.* ne, si contrarium dixerimus, insufficientis responsionis *lætum* arguamus. Quæsitus quid juris circa tignum alienis ædibus junctum. Resp. antiquam actionem esse de tigno juncto in duplum, atqui excipiet *Cujac.* si sit furtivum, replico, 1. Generalitatem textus. Tignum jungi non posse nisi quod furtivum sit, nam licet bonæ fidei ædificator id emerit ignorans, rem tamen vitium sequitur *§. furtivæ Inst. de Usucap.* neque ex his putandum, nullum discrimen nos inter bonæ & malæ fidei possessores statuere ut enim supra dictum est, duplum in persona malæ fidei possessoris pœna est: in bonæ fidei, duplo simplum inest.

IX.

Ad l. 27. §. 3. sed & is h. t.

An contra eum detur utilis vindicatio, qui dolo ante litem contestatam possidere desiit?

Aff. communiter *Bart. Schneid.* ex sententia *Ioh. Fab. ad §. 1. Inst. de act. n. 23. Wesenb. in par. h. t. n. 4.* & post eum *Vult. 2. Inst. 22. n. 34 per l. 22. quod si dolo. & d. l. 27. §. 3.* Adde, quod dolus pro possessione est ex *l. qui dolo 131. ex l. parem. 150. de R. I.* quæ ratio tam antè, quam post litem contestatam obtinet. Imo semper qui dolo fecit quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si possideret ex *l. 157. §. semper 1. d. t.* Et quamvis *Panorm. in c. 1. de alien. jud. mut. &c. n. 5. Ias. ad §. 1. Inst. de act. ut & Zas. num. 21. cum 2 seqq. hanc n. l. 27.* notabiliter & mirabiliter (ut ipsi loquuntur) limitare conentur: falluntamen & falluntur. De quo in disputationis cursu.

X.

Ad l. 32. h. t.

Quod si artificem fecerit (inquit Modest.) post. 25. annum ejus qui artificium consecutus est, impensæ factæ poterunt compensari *l. 32. h. t.* Putat *Cujac. 9. observat. 38.* pro verbis (*vigesimum quintum*) legendum i. (*Quintum*). Quia ab eo tempore incipit o-

perarum æstimatio. *l. ult. de oper. serv.* 2 Tantum abest, ut in operis [illegible] æstimandis juventus spectetur, ut nec pubertas spectan[illegible] *h.t.* 3. Quia servo petito pueri puberisque non haber[illegible] vel compensationem impensis, antequam is comple[illegible] num nulla ratio est. Verum *Cujacio* adversatur *l. arbor[illegible] illo & l. si infanti u. ff. de usufr.* quibus in locis infantis null[illegible] ras dicitur. Infantiam autem 7. demum anno finiri co[illegible] *fanti. C. de jure delib. l. 1. de admin. & peric. tut.* Ideoque [illegible] *epitom. tit. 6.* infantem ἑπταετῆ interpretatur. Si itaque [illegible] us operæ sint, frustra de compensatione quærimus. Se[illegible] *cio* demus per contrarium id colligi ex *l. ult. de oper.* [illegible] quo vult, ut itidem concedamus impuberis aliquas operas [illegible] *d. l. 31. h. t.* non tamen efficiet, ut textus nostri corre[illegible] mittamus. Qui hoc quærit, non an minoris 25. ann[illegible] op[illegible], sed ex quo tempore operarum emolumentum cum [illegible] artificium factis compensari debeant? Quæ quæstio [illegible] versa est. Ideoque ut maxime honoris causa *Cujac.* l[illegible] post quintum annum operarum æstimationem incipe[illegible] cedendum & nobis, opinor, erit, post 25. annum dem[illegible] cum impensis in artificium factis compensari, quia p[illegible] tempus ex operis artificis tantum jam consecutus, ce[illegible] sessor, ut jamdudum impensas recepisse reputetur.

XI.

Ad l. fructus 33. h. t.

Fructus tàm naturales quàm industriales lucratur bonæfidei possessor, nullos vero malæfidei.

Cur lucratur fructus industriales fidei possessor? an qui [illegible] sevit? Putat *Donell.* ratio mala est, & malæfidei posse[illegible] jus propter sationem tribuens an quia bonafide possidet [illegible] cedent omnes E. & hanc necessariam con[illegible] naturales ipsum lucrari, quoniam ta[illegible] [illegible] quam industrialium bonafide possidet, & ut a[illegible] nitas hujus argumentationis (ex qua quæstionis nostræ [illegible]

pen-

pendet [illegible] ostendatur [illegible] ex *l. qui [illegible] §. 1 de usur* arguo. In fructibus percipiendis, magis corporis jus quàm seminis ex quo oriuntur, inspicitur. Atqui jus corporis habet [illegible] fidei possessor. Ergo & fructus in eo natos percipiet, quamvis [illegible] sit hoc alterum argumentum. Si [illegible] jus introspiciatur ut *Donel.* vult sequitur neque dominium [illegible] fructus naturales percipere, [illegible] d *l. qui scit. §. 1.* bonæ fidei possessori comparatur, [illegible] *& Vital.* in eo casu intelligendum, cum de industrialium fructuū perceptione quæratur, atqui jam dictum est, seminis jus non introspici hoc est nō considerari utrum severit, sed bonæ fidei [illegible] rationem haberi 3. Bona fides tantum possidenti præstat quantum veritas, hoc est dominium *l. bona fides 13. de R. I.* At dominium præstat omnes indistinctè fructus domino *d. l. 25. §. 1.* Ergo 4. Bonæfidei possessor percipit fructus pro cultura & cura, § *si quis à nō domino Inst. de rer. divis.* At culturā adhibet industrialibus, curam verò naturalibus, *l. 7. §. [illegible] ff. solut. matrim.* quod argumentum, non admittūt *Cujac. & Hotom.* putantes *d. § si quis à non domino* in solis industrialibus procedere, quoniam fructus naturales sine cura hominis proveniunt. Male. 1. per *d l. 7. § non solum 2* argumento evidenti ducto ex § *penult. Inst. de usu & habit.* usurarius non nisi modicè percipit ea quæ in fructu sunt, ut textus habet, industriali scilicet [illegible] *ad § penult.* verùm pomis, floribus, lignis stramentis largius uti potest, quia non in fructu sunt, sed natura proveniunt, *l. plenū 12. [illegible] usu & habit* non tamen stramentum, flores, [illegible] cura [illegible] Ergo [illegible] fructus naturales [illegible], in quibus natura prævalet, industriales in quibus hominis industria & labor eminet exemplum utriusque in [illegible] & frumēto, illi fructibus naturalibus annumerātur, hic industrialibus *d. l. 12. de usu & habit*, nec tamen in utrisq; factū hominis intervenire negari potest, sed in illis saltē ratione sationis, cætera locuples natura suo ac legitimo tēpore perficit, ad frumentū præter sationē hominis multiplicē in colendo colligēdo excutiēdo *l. si ejus 78. § Rei Vindic.* curam desiderat, ut in eo hominis factum præcellere facilè appareat, 5. probat *l. bona fidei 45 ff de adquir rer. domin.* ubi pericula OMNES etiam naturales includit, nam quod postea *Accurs.* existimet ad fructus ab alio latos spectare cum [illegible] *Ictis*, ratio subjecta [illegible] esse evincit. Scopus hic est

ut

ut ostendat, quosnam fructus percipit fidei possessor. R[illegible] tantum eos, qui diligentia ejus provenerunt, de quibus [illegible] nus erat. Sed *omnes*, hoc est, *naturales*, de quibus dubitan[illegible] jor occurrebat, quia sine facto ejus proveniunt, n[illegible] ctus ab alio satos referas, hoc nullam, aut saltem *illo* P[illegible] gnam dubitationem habet, quem minime latebat [illegible] lio satos ad eum pertinere qui jus corporis habet *l. 25.* [illegible] evincit & illud ratio *Pauli*, quia *loco domini (inquit* [illegible] haud dubiè, ut dominus, etiam omnes percipiet [illegible] particula *Pœnè*, quia non ut dominus irrevocabilite[illegible] os facit, domino enim superveniente nondum co[illegible] stituere cogitur, atque illud est, quod subjicitur int[illegible] cit, &c. Oppon. *l. fructus de usur.* Resp. Bonæfidei po[illegible] fructus luctari quoties lex impedimento non est, *d. l.* [illegible] *136. de R. I.* At lex eatenus prohibet donationem i[illegible] quatenus ex iis accipiens fit locupletior & don[illegible] *5. §. concessa 8. l. 17. ff. de donat. int. vir. & uxor.* quod in specie [illegible] *ctus*. contingeret.

XII.

Ad l. 38 & 48. h. t.

De impensis deducendis gravis est con[illegible]versia.

Tria sunt genera impensarum, quæ proponit [illegible] *79. de V. S.* nos de singulis breviter dicemus. Et [illegible] NECESSARIIS, quas omnis possessor sive malæ sive [illegible] deducit *l. plane. de petit. hæred. l. 48. h. t. l. domum. C.* [illegible] pon. *l. 1. C. de infantibus exposit* (de qua vid. *Fabr. 2.* [illegible] *1. controvers. 53.*) quibus non assentior 2. Opp. *l. a*[illegible] *so. ff. de adquir. rer. domin.* (Resp. *Bart. & Cost. l.* [illegible]) Quæritur quo remedio hæc deductio fiat: Si adhuc p[illegible] tentionem habet & exceptionem, si possidere desi[illegible] ei superesse remedium nonnulli volunt, Male. 1. qu[illegible] la ratio valet, petitorem cum alterius jactura locup[illegible] debere *l. plane de hær. petit.* quia in *l. sumpt*[illegible] *48. h. t.* officio [illegible] stitui sumptus dicuntur. 3. quia etiam utili negotiorum [illegible]

[illegible]

actione repeti possunt, *l.6.§.sed etsi quis.de negot. gest. l. utilium. ff. de impens. in res dot l.final.C.de R. Vind.* Opp. *l. si in area in fin. ff. de cond. indeb* (Resp. *Gædd. ad l.79 n.8.de V.S.* Sequuntur Utiles impensæ, quas bonæfidei p. ut superiores repetit, malæfidei verò possessor sine læsione prioris status tollere saltem potest *l.5. C.de Rei Vind.* quia imputandum sit ei, quod sciens in alienam rem impendit, sed dices, cur non ergò in necessariis idem obtinet? (R. *Fab.d.loco.*) sed quid si tolli nequeant? Resp ex *d.l.38.h t.* Judicem variè ex personis causisque constituere debere. Restant voluptuariæ, quas bonæfidei possessor non deducit *l. ex duobus. 27.de negot.gest.l.utiles de petit.hared.l.pro voluptuariis. ff. de impens. in res dot. fact.* tollere tamen & abradere potest, modò id sine rei detrimento fieri possit, d.l. pro voluptuariis. Horum permagna est differentia, Deductionis potestas illa est, ut non nisi prius oblatis impensis peti res possit, Ablationis vel abrasionis non item, quæ si fieri commodè non possit, neque enim malitiis indulgēdum est l.in fundo h. t. retentio vel exceptio concedi non debet. nisi forsan dominus rei eas tollere non permittat, tum enim exactio & exceptio comparata est *l. 7. 8. 9. ff. de impens. in res dot.* Quid dicendum de malæfidei possessore? Resp. *Fab. 2. conject. 1.* idem quoque de utilibus dicendum esse, putamus eum has impensas amittere. 1. quia alias nulla esset differentia inter hunc & bonæfidei poss. quæ tamen esse debet, ut ex utilium deductione constat. 2 quia doli exceptio competere non potest, de qua in *l. utiles ff. de petit. hared.* quoniam ei utiliter replicabitur, cur sumptus in rem alienam fecerit *l.adeò ex §.diverso. ff. de adquir. rer. domin.* 3. quoniam hoc singulariter procuratori juxta casum *l. 3. §.4. ff de in rem. vers.* permittitur. Oppon. *l. utiles vers. ut tamen de petit hared.* (Resp. *Gædd. d.loco ad §.2.n.3.* nos videbimus.)

XIII.

Ad l. Minicus 61. h.t.

Cum navis ex aliena materia ædificatur, ejus esse, qui dominus materiæ est, Minicius JCus respondit *d.l.61.h.t.* cui ex diametro adversatur Paul. in *l si 62. in pr. ff. de acquir. rer. domin.* & certissima juris ratio, quia nova species ex aliena materia facta facien-

cientis fit.§ *cum ex aliena Inst de rer divis.* Dicendum est (inquit in Not.Solennibus *Cujac.*) *Minutium & Julian.* Sabianos fuisse, & in eo à Proculianis discessisse, quorum opinio recepta est, quæ responsio displicet.. 1. quia *Julianum Minutio* conjungit, cui tamen alia hac in re mens fuit. 2. quia generalem circa specificationem dissensionem notat, quæ jam à *Justiniano* sublata est, *d.§. cum ex aliena* quod nec compilatores latuit, & si quæ dissensio fuit, circa navem eam fuisse puto. Ideoque verius est, quod jam olim *Azoni* placuit, *Minutii* sententiam à *Juliano* notari, h.e. reprehendi in eo quod de ædificanda nave dixerat, ut probat subjecta *Juliani* ratio. Nam proprietas totius rationis, carinæ causam sequitur, h.e, dominium totius navis ejus est, cujus est carina, id est fundus navis, quæ ratio ædificationi applicari nequit, imò planè contraria est, nec puto quemquam id negaturum, ni subobscurior cum reprehensio, tum ratio *Juliani* esset, quocirco ad similes *Juliano* usitatas formulas recurrendum est, quæ extant in *l.6,§.ult.ff.Com.divid l.Tali.48.in fin.ff.de jur.dot.l.si pater.36.de solut.*

XIV.

Ad l.62.si navis.§.1. eod.

Vetus Quæstio est, de percipiendis fructibus, cujusnam persona, petitoris an possessoris inspicienda sit?

Definita est in *h u.l.62.§.1.* Petitorem sc. inspiciendum. Et rectè: nec enim quærimus, quid possessor habere potuerit, sed quid petitor, cui soli hac restitutione consultum volumus *l. 20. h.t.* In tantum, ut si is frui non potuerit, etiamsi possessor potuerit, non tamen ratio fructuum habeatur, ut patet ex *l.33.in f. & l. 35.in pr.h.t.* Quibus adde *l.39.cum servus §.1.fructus ff.de leg.1.l.sed & 12.ff.quod met.caus.l.semper.15.§.hoc interdicto 7. ff. quod vi aut clam. Item c.gravis.11.ext.de restit.spoliat.Duar.in d.l.39. §.fructus. Donell. in l.2.C.unde vi n.14.* ubi addit insuper *l.4.C.d.t. unde vi. Menoch. 1. recup.poss.n.414.cum multis seqq.* Nec verò his refragatur *l.domum. 5. C.h.t.* Resp. *Don.20.comment.5. Duar.d.l. Menoch.d.l.n.423.* Eadem utere quoque ad *l.2.C.de fruct.& lit.expens.* Opp.solet etiam, *l.23.*

cum

cum autem. §. *fin. ff. de adil. ed.* Scio quid *Menoch. d. l.* respondeat: sed melius fortè dixerimus, eam non loqui de percipiendis, sed perceptis fructibus, in quibus non petitoris, sed possessoris persona spectanda est: nisi enim, restitueret, locupletaretur, quod non licet. *Dist.* varii variè: aliter distinguit *Bart. in l. 35. col. 2 propè fin. ff. eod.* in diversa abiens *in d. l. domum. 5.* quod probat *Boer. q. 268. n 3. Grammat decis. 76. n. 14.* Aliter *Pet. Lorior. ad l. fructus. de R. J.* quos omnes recenset & refutat *Menoch. d. l.* Adde *Sichard. ad d. l. 5. n. 41 Costal. in l. 65.* §. *in frumento ff. de cond. ind.*

XV.

Ad l. in special. 73. eod.

An possessori ad defendendam sibi rei petitæ possessionem necesse sit contra vindicare, seu dicere dominum se esse rei petitæ?

Wesenbec. & communiter omnes interpretes *ad* §. *1. Inst. de act.* (in verbo, suam esse dicat) negant hoc necessarium esse, quia satis sit negare rem actoris esse, idque sive actor non probet rem suam esse, sive probet. Eo quidem non probante, reum, quamvis nihil probaverit obtinere. *l. 4. quo accusare. C. de edendo. l ult C. de R. Vind.* §. *commodum. Inst. de interdict. l. 9. C. de Except. l. 2. C. de probat.* Nos propter *d.* §. *1. Inst. de act.* (verb. dominum se esse dicat) tum ob veterem vindicationis formulam, quæ apud *Cic* pro *Mura.* extat, aliasque certas rationes necessariam esse dicimus, *V. Cujac in not. poster. Giphan. ad d.* §. *1. ubi & Tialling. ab Eyssingha. Hottom. 2. obs. 9.*

XVI.

Ad l. Quoties 15. C. eod.

In hujus l. facti specie ponẽda falli putamus doctiss. *Cujaciũ* qui *18. obs. 31.* nisi duobus res tradita fingatur, nullam dubitandi rationem fore arbitratur, eò quod nihil aliud sit, ac si diceretur. dominum præferri non domino, quod tam certum ex *d. l. qui tibi. C. de har vel act. vend.* existimat, ut non debuerit hac *l. 15.* sollicitus scribi, Verum non eam, sed aliam & rectiorem dubitationis

causam nobis suggerit *Gothofr.in d.l. 15. ex l.1. C. de donat.* Cum enim tradito instrumento res ipsa tradita censetur, videbatur non minus huic traditam rem censeri, qui instrumenta accepit, quam qui ipsam rem. Sed tamen instrumenta, quia non ad negotii substantiam, sed ad probationem contractuum pertinent, eorum omissione, is, cui res fuerit tradita, non expelletur possessione, *l.10. cum instrumentis. Codic. de fid. instrument. l. 12. non idcirco C. de cont emt.*

XVII.

Sed num idem, quod in re duobus vendita dicitur, obtineat in re duobus locata, expediti juris non est?

Nam affirmavit hoc *Alex. Imolens. Imolens. vol. 5. cons. 122. Socin. 4. cons. 29.* Negavit *Jason. ad l 15. quoties 8. col. vers. 13.* dicens hunc esse novum & ab aliis non positum, quem sequitur *Sichar. d l. 15. n. 8.* Quid ergò? Cum *Covarr. 2. resol 19. n. 8.* distinguimus, ut si is, cui res locata fuit tradita, sit in possessione, in tuenda re locata potior sit: sin minus prior conductor potior sit. Nec obst *l. in operis. 26. ff. locati.* Resp. namque *gl. Bart. Alber.* & communiter *Dd.* nullam hîc traditionem intervenisse.

XIIX.

An n. l. 15. locum habet in Principe rem duobus donante?

Negant quidam, affirmant alii, Nos ex *l. pradia. 5. C. de locat. prad. Civ. l. 11. & l. 6. C. de fund. patrim.* primam principis donationem prævalere posteriori arbitramur, quamvis rei traditio facta sit, quia in Principe, tanquam fonte justitiæ constans voluntas esse debet, & sicut lapis angularis immobilis aut polus in cœlo, ut loquitur *Bald. cons. 327. n. 4.* quem sequuntur Dd. sub distinctione tamen, quam habet *Gail. 2. obs 55. Covarr. d. res. 19. Zas. par. 5 feud. n. 16.* Et per ea quæ tradit *Hartm. Pistor. lib. 2. q. 29 n. 20. & seqq.*

XIX.

Ad l. 7. §. Marcellus, de publ. in rem act.

An

An ignoranti, qui à furioso emit, publiciana detur?

Affir. *d. l 7. §. Marcellus* ubi ita colligit *Ulp.* Publicianam habet is qui potest usucapere. At qui ignoranter à furioso emit, potest usucapere. Et per cōsequens publicianam habebit similis est collectio *JCti* in eo qui sciens alienam possessionem apprehenderit *de l. 7. § ult. vel ult. in aliis l. 8 u. n.* propterea publiciana experiri nequit, quia usucapere non potest. Negat econtra *l. 2 §. si à furioso. ff. pro empto.* in qua ita argumentatur *Paul.* Quæcunq; specialiter constituta sunt, in consequentiam trahi nequeunt l. quod v. ff. d. ll. verum specialiter introductum est, utilitatis causa ut emens à furioso ignoranter usucapere possit *d. l. 2. §. si à furioso.* non igitur ad Publicianam produci potest. Verùm subsistente ratione *Pauli*, cum ex certissimis principiis usucapione concessa & publicianam competere demonstratum sit, *d. l. 7. ult. l. cum sponsus §. si res talis. ff. de publ. in rem act.* quid aliud superest, quam ut manifestam *JCtorum* dissensionem admittamus? quod quidem novum non erit, alibi enim *Pauli & Ulpiani* evidentes apparent contradictiones, ut in specie *l. 2. §. si in diem 4. ff. pro emptor.* ubi *Paul.* manifestè reprehendit *Ulpian.* suppresso tamen ejus nomine, qui contrarium scripserat in *l. 2. ff. de in diem addict.* sic eodem modo tacitè reprehendit idem Paul. in *l Paulus 47. §. ult. de bon. libert.* id quod scripserat *Ulp. in l. 12. eod. titul.* apparent & frequentis dissensionis vestigia in nobili illa cautione, quam refert *l. Lecta ff. de reb. credit.* voluit id quidem hac specie *Sabaudius ille 1. conject. 19.* quod si dixerimus, res expedita erit, & forsan ex *JCtorum* sententiis id dici posset, verum cum *Justinianus* omnia sua fecerit, quid *Justiniano* sibiipsi contradicenti reponemus? quocirco sequutus *Duar. h. t. de usuc.* rē sic explico. Nulla est usucapio sine titulo & causa, at si quis à furioso emit, quem prætendet titulum? an emptionis? verum emptio sine utriusque tam vendentis quam ementis consensu nulla est *l. 7. de pact. l. 2. in p. de O. & A.* furiosus autem consentire nequit *l. 2. §. penult. de jur. codicill. l. in negotiis de R. J.* Et per consequens nulla erit usucapio, atque ita de jure dicendum esset, ex quo suam instituit collectionem *Paul. in d. l. 2. §. si à furioso*, nisi quod utilitatis causa

in usucapione ab eo recessum sit, unde jam deducenda est *Ulp.* argumentatio *in d.l.7.§.Marcellus.* qui propter usucapionem concedit publicianam, usucapio autem utilitatis causa concessa est, pari ergò & simili modo publiciana concedetur. Rectè ergò *Paul.* arguit, Quum nulla sit emptio, nec de evictione actionem nasci, nec publicianam competere, nec usucapionem nec accessionem possessionis Ipso jure sc. Rectè itidem concludit *Ulpian.* quia usucapio competit, utilitatis causa sc. E. & publiciana locum habebit.

DISPUTATIO NONA.

R. JOHANNE CANISIO WESPH. Ad l.4. de Ususr.

THESIS I.

Vsusfructus in multis casibus pars dominii est.

d. l. 4. quæ sententia in has difficultates incidit. 1 quia ususfructu constituto à domino separatur, ut jam pars dominii dici nequeat. *§. 1. Instit. de usufruct. 2. l. rectè dicimus 25. de V.S.* ubi non dominii, sed servitutis pars appellatur. 3. Ei qui in solidum dominus est, nulla pars dominii abest. At cui ususfr. abest, dicitur in solidum dominus *d. l. 15.* Variè respondent *Donell. 9. comm. 9. l. 27. §. item si pact. suprà d. pact. For. ad l. 1. num. 6 de serv. Vig. in §. alienus serv. Cujac ad Inst. de har instit. Pinell ad l. 1. p. 9. num. 7. C. de bon. mater.* Putarem sic statui posse. Usumfructum nullo casu partem dominii esse, *d. l. 25. de V. S.* quod ipsum in re favorabili, liberatione videl. responsum est *in l. & per 13. §. illud ff. de Acceptil.* & magis confirmatur *l. si à reo. §. si reo ff. de fidejussor.* neque aliter dici posse ratio superior patitur, ut meritò à *Gœdd. d. l. 25. n. 10. de V. S.* dissentiendum sit, qui respon-

sponsum nostrum de dominio juris interpretatur: sic enim non in multis, sed perpetuò & semper dominii pars erit. Quinimò si *d l.4* de aliqua specie dominii accipienda esset, potius ad dominium proprietatis referri vel inde debere patet, quia in eo est Paul. ut & Papin. *in l.5.eod.* ut ostendant similitudinem ususfructus cum dominio. Et extat (inquit Paul.) quod vel præsens, vel ex die dari potest. Id autem de dominio juris dici nequit, *l 4.de serv.* & ut dominium pro parte constitui potest, sic ususfructus *d.l.5.h.t.* quod à dominio juris alienum est. Quapropter dicimus, usumfructum in multis casibus esse partem dominii, h.e. assimulari dominio, non tamen veram ejus esse partem. Hujus assimulationis plurima *in d l.4 & 5.* apparent exempla, & ne cui suspecta sit hæc expositio ea est Papinian. in *l. Si Titio 31.§. 1.de usufr.* atqui vix est, dices, ut partem esse, tali in significatu ullibi legatur. Regero primum, etiamsi maximè authoritate aliorum locorum destitueremur: Tamen propter Papinian. ita explicantis authoritatem acquiescendum est, quæ si non sufficiat, addenda erit, *l.si verò §.hoc edictum juncta gloss.ff. de his qui dejecer. vel effud.*

II.

Ad l.sed etsi 15.§.final.eod.

Proprietatis dominus ne consentiente quidem usufructuario servitutem imponere potest.

d.l.sed etsi 15.§.final. quod durum & iniquum Conan. & aliis visum est, quia licet unicuiq; jus suum deterius facere *l. penult. C. de pact.* neq; id cuiquam detrahendum *§. 2. Inst.de his qui sui vel.al.* atque pro arbitrio de eo disponere legibus permissum est *l. in re mandata C.mandat.l.pactum ff.de pact.* quod vel maximè in proposito dicendum esset, quia proprietarius rei suæ quodammodo videtur imponere. *l.rectè dicimus 25.ff.de V.S.* verum nihil superiora officiunt per ea, quę tradit oratorum maximus JCtus, & JCtorum maximus orator *Donell.16.comm.11.* quorum summa hæc est: Fructuarius non potest fundo usufructuario imponere servitutem *l.si quis duas in pr. ff. com.prædior.* Ergò nec volenti imponere con-

consentire, *arg.l.cum quis de* R.I. ubi quia alienare non potest, nec alienanti consentire poterit. Species autem alienationis est servitus impositio. *l.ult.C.de reb.alien.non alien.* ex quibus superiorum argumentorum vis apparet juncta *l.7 §. ait pretor.ff.de pact.* Favore tamen religionis hoc casu stricta juris ratio insuper habenda est, *l.locum 17.de usufr.(Vital.2.lect.variar.8.*

III.

Ad l.Proculus 19. eod.

Ædium illarum quo ad altius quam uti nunc sunt, ædificata non erunt, illi usumfructum do lego.

Inquit ex Proculi sententia Pompon. quo legato *post gloss. Bartol.& veteres putarunt. Alciat.ad l.25.n.de V.S.Gail.2.observ.143.n.7.& alii à Pinell.ad l.1.p.3.n 42.C.de bon.mater.relati*, proprietatem legatam censeri, quia in usufructuario ea prohibitio nullius momenti foret, cum is ex juris regulis altius ædes tollere non possit, *l.13.§.7.h.t.* ut igitur aliquid ea operetur res cogit eam de proprietate legata intelligere. Quæ sententia improbata est *Francisc.Connan.4.Comment.3.in fin.Pinell.d.loco. Fach.5.controvers.43.* 1. quia ex verbis legis apparet, usumfructum legatum esse à quibus recedendum non erit nisi manifestum sit aliud sensisse testatorem *l.non alter 69.de legat.3.l.interest. C. de solut.l.1.§. si is qui navem ibi servire verbis ff.de exercitor.* 2. est argumentum urgens à nigro ad rubrum arg l.Imperatores ff. de in diem addict. Nigrum autem sive inscriptio est de usufructu. Ergo & rubrum, hoc est, leges sub eo collocatæ eodem in sensu accipiendæ erunt. 3. quia adjectio illa Ne Altius tollatur, facta est causa restringendi, non igitur augere legatum debet *l.legata inutiliter ff. de legat.1.* 4 quia prohibitio in favorem facta, in odium retorqueri non debet. At hæc prohibitio adjecta fuit favore hæredis, ut scilicet legatarius usufructu cadat, si altius ædes tollere voluerit, qui modus aliàs amittendi usufructus in jure cautus non reperitur, ex quo ad objectam rationem. Dd. responderi potest (nec enim cum *Pinell.* ratione probabili du-

dubitandi legem nostram cætere opinamur) ut latius disputatio edocebit.

IV.

Ad l. An usufructus. 56 eod.

Civitati relictus usufructus durat. 100. annos. Quæritur an idem sit dicendum de annuo legato?

At quomodo civitati relinqui usufructus poterit? cum nunquam mori possit, atq; ita semper inutilis erit proprietas abscedente usufructu, ratio dubitandi elegans est, qua & olim municipibus nomine usufructus actionem denegandum non uni visum fuit *d. l. 56.* quamvis eorum obtinuerit sententia qui municipib. favebant, forsan & eo moti, quod contingere possit, ut civitas moriatur, quod fit, si aratrum in eam inducatur, ut de Carthagine refert *l. si usufructus. 21. ff. quib. mod. ususfr. amitt. Govean. 2. var. [illegible] Hinc Horatius l. 1 Carm. Od. 16. ait, [illegible] muris hostile aratrum [illegible] insolens.* Verum quia id rarius contingit, placuit certum tempus finiri, intra quod in usufructus tuendi sint municipes, nempe spatium 100. ann. quia id finis vitæ longævi hominis est, *vid. Plin. lib. 7. c. 4[illegible]. Valer. Max d. sen[illegible]. Cal. Rhod l[illegible]. 19. lect. antiq. c. 2[illegible] adde Corras[illegible]* Quæritur [illegible], [illegible] [illegible] quia legatum annuum & usufructus [illegible] habent. *l. in singulos ff. de ann. legat.* quibus pluribus contradicit *Covar. 3. var. resol. 10. n. 10.* quem vide.

V.

Ad l. usufructuarius 61. eod.

Ædificium inchoatum fructuarium consummare non placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit?

Vulgò opponi solet *l. 2. ff. de Jurisd.* ubi concesso aliquo & cætera concessa intelliguntur sine quibus ad id perveniri nequit

l.ad rem ff. de procurat. quæ regula maximè ſpectat ad ſer[illegible] *Forcat ad l.ſi iter de ſervit.n.1.)* & in ſpecie noſtra probat *l.* [illegible] *ſeqq. ff ſi uſuſr. petat.* quid igitur dicendum? omiſſis aliis [illegible] reſt ex *l.ſi cujus rei 13.§ h t.* illud tralatitium eſſe uſumfructuarium non poſſe quicquam de novo extruere, excolere enim quod in-venit (inquit JCtus *d.l.13.§.7.*) poteſt, qualitate ædium [illegible] mutata, & aliud eſt tueri quod accepiſſet, aliud novum [illegible] *uſusfructuarius 44. hoc tit.* neque obſtat, quod *d. l. uſuſ*[illegible] dicat, etiamſi eo loco aliter uti non poſſit, quoniam [illegible] hoc uſufructu uti non poterit, licet eo ædificio non ut[illegible] imo neque ejus uſumfructum eſſe JCtus ſubji[illegible], niſi [illegible] cialiter expreſſum ſit. Quapropter totus contextus [illegible] explicandus eſt, quam *Accurſ.* & cæteri fecere ut in d[illegible] pleuius deducemus.

VI.

Ad l.vetus 68.eod.

Vetus quæſtio eſt, an partus ancillæ in [illegible]*ctu ſit?*

Diſſidium hac de fuiſſe inter Scævolam & M. Bru[illegible] fert Cic. *in l.de fin.fol.(mihi)59.* Sed Bruti ſententia obt[illegible] quit Ulp. *in d.l.68*, addita ratione, quia in fructu homi[illegible] eſſe non poteſt, *§.pecudum Inſt.de rer.div.* adde quod [illegible] quidem ex re naſcitur, eſt quicquid ex re aliqua naſci[illegible] pitur, ad quod percipiendum ea res parata eſt. An[illegible] ejus rei cauſa non habentur ut pariant, i. e. non eſt h[illegible] conditio, ut ad eam rem iis utamur, *l. ancillarum 27. de h*[illegible] *Opp.ſolet.l.Paulus 14.§.1.de uſur.(* R. *Cuj.ad l.4.§.ſi defuncti, ff.* [illegible] *Corraſ.5.miſcell.8.)*

VII.

Ad l.5.§.1 de uſufr. ear.rer.

An cautio uſufructuaria ſit de ſubſtantia quaſi uſufructus?

Affirm, communiter per *l.2. ibi, caveri oportet quod neceſſ*[illegible]

tu est l.1.§.constituitur,ibi: utiliter caveatur Inst de usufr. ne videlicet postmodum finito earum usufructu rixæ litesq; inter hæredem & legatarium exoriantur, *l.1.§.rectè 4.ibi et inde possit apparere.ff.usufructuarius quemadm caveat.* Negant *Pinell. in l.1.p.2.n.78. C.de bon.mat.Fach.8.contr.43. moti d.l.5.§.1.h.t.*

IIX.

Ad l. 1. in pr. si ususfr. pet.

Utilis servitutum fundo usufructuario debitarum vindicatio fructuario non datur.

L.1.in pr.l.5.utrum h.t. 1. Quia actio confessoria de servitute nulli nisi prędii domino competit, *l.2.si servit.vind.* 2. Quia si usufructuario servitutum vindicationem demus, eveniet per consequentiam, quandam servitutis servitutem esse. Est enim ususfructus servitus *l.1.de servit.* 3. Quia fructuarius fundi vindicationem non habet, Absurdum autem est ei juris fundo debiti vindicationem dare, cui vindicatio fundi ad[imitur]. Opponitur *l.1.§ de remiss.ff.* ubi Ulp. scribit, Juliano placere, in qua etiam sententia manet fructuario vindicandarum servitutum jus esse. *R. Cujac.1.obs.16.* Juliani sententiam ab Ulpiano referri non probari, quæ responsio displicet *Vult.1.discept.18.* Putarem, rem bene explicatam esse *à Donell.10.comm.11.* Summa hæc est, fructuarius vindicabit servitutes *d.l.§ 1.* Quæritur, quomodo possit vindicare, [illegible] an per consequentiam ipsum usufructum vindicando, hoc [illegible] erit ex *d.l.1.in pr.& l.5.§.utrum*, quod cum ad remissionis causam non pertineat, prætermissum est in *d.l.1.§.1.de remiss.* nec quemquam moveat, quod simpliciter illud negetur in *d.l.1 in pr.h.t.* affirmetur verò contra in *d.l.1.§ 1.de remiss.* cum enim utraque lex sit ejusdem Ulp. nulla poterit certior aut melior explicandi ratio dari, quam quæ ejusdem autoris est, illa petenda erit ex *d.l.5.§.utrum.*

IX.

Ad l. 4. de oper. servor.

Operis servi legatis placet usumfructum contineri.

d.l.4. cui adverſari videtur *l.5.ejusd.tit.* Operis ſervi le[illegible] uſum datum intelligi, & ego didici, & Jul. exiſtimat, n[illegible] rent. Clemens. Ad horum locorum conciliationem [illegible] ferri poſſet, ſi de utriusque lectionis fide conſtaret, nunc [illegible] monentibus iis, quibus hoc obſervare ſtudium fuit, ca[illegible] manuſcriptis Codicibus in *d.l.5.* pro uſum, legi uſum [illegible] (notat *Govean.1.variar.7.Baud.in marg. ad d.l.5.*) quæ le[illegible] eſt, aut ſi illud non placeat, tentari poteſt utrumque le[illegible] ſe, & uſumfructum & uſum, uſusfructus verè, uſus com[illegible] in uſufructu enim ſervi nihil aliud eſt, quam operæ & [illegible] mercedes *l 3.h t.* at uſui operæ comparantur, ut en[illegible] duus eſt, ſic & opera. Verum ne ſic quidem dici poſſe [illegible] cit in *l.1.§.uſusfructus ff.ad l.Falcid.* ubi vult, operis ſervi le[illegible] que uſum, neque uſumfructum legatum videri, quo[illegible] mat. *l.2.de uſu. & uſufr.legat.* Rectè ait, *Donell. 10.comm. 2*[illegible] utrumque quomodo accipiendum ſit, interprete Ulp[illegible] gendum eſſe, qui de operis loquens in *l. 5. §. ult. ff. uſu*[illegible] *cau.* ita ſcribit: Operas ſervorum non per omnia uſ[illegible] imitari, ſignificans eas uſumfructum imitari, non [illegible] omnia, id eſt, non ita, quin in his aliquid ſit diſſimil[illegible] verum eſt. Qua in re ergò hæc eſt diſſimilitudo? no[illegible] harum acquiſitione, ſed nec in eo, quod præcipuè ha[illegible] effectum continet, præcipiendi jure. Reſtat igitur, ut [illegible] tudo ſit in illis amittendis, quo de caſu loquitur *d. l. 2*[illegible] tur nunc dicimus.

X.

Ad l. 2. eod.

Operæ ſervi legatæ capitis diminut[illegible] non utendo vel morte amitti nequeunt.

L 2. h. t. l. 2. de uſu & uſufr. leg. in ratione diverſita[illegible] runt *Gov[illegible] 1.var.7.Donell.10.comment.21.W[illegible]eſenb.in ff. h. t.* [illegible] c[illegible] ſatis indicari *l.1.h.t.* opera in actu conſiſtit (inquit [illegible] nec [illegible] in rerum natura eſt, niſi quando is dies venerit [illegible]

pro-

præst[illegible]nda est, quod autem non est, id sanè per rerum naturam amitti nequit, non entis enim nullæ sunt qualitates, ll. vel si mavis seq[illegible]re *Don.*

XV.

Ad l. 12. §. 1. de usu & habit.

A lectionibus receptis recedi temerè non debet.

l. 23. de ll. nisi subindè ratio in contrarium clamitet, ut in specie *d. l. 12. §. 1. de usu. & habit.* ubi ita vulgata lectio habet, *Idem Nerva adjicit stramentis etiam usurum, sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum* quo in loco *D. Cujac.* pro foliis, reposuerat, OLEIS. Connan. verò DOLIIS, quod etsi *Forner. in select. & Guilb. Regio l. var. 9.* improbetur probabile tamen, imo necessarium esse sic ostendo. Usuarius iis quæ in fructu sunt industriali, modicè saltem uti potest, *d. l. 12. §. 1. & §. sed & si procorum Inst. de usu. & habit.* at quis folia inter fructus industriales referret? rectè igitur iis non secus, quàm pomis, floribus, lignis largius utetur, neque referri poterit inter eas species quarum usum saltem modice usuarius habet, & si pomis, floribus, lignis uti potest, quis non videt planè à ratione alienum esse ei folia denegare, nisi cum *Fern.* folia pro unguentis interpretari quis velit. Ve[illegible] r[illegible]sponsum *a Cujac. 9. observat. 37.* [illegible] G[illegible] o [illegible] usorum e[illegible] folia c[illegible]ndare, quia pleræque [illegible] spo[illegible]æ moriuntur, gravis scilicet ratio, & quod si vi ventorum folia decidant. *fac. huc. l. 15. §. supra d. usufruct.*

XII.

Ad l per servum 14. §. eod.

Si tibi fructus, deducto usu, legatus sit, inutile est legatum.

d. l. 14. §. cui ex diametro obstare videtur *l. huic stipulationi §. 2. ff. usufruct. quemad. cau.* Ergò & si fructus sine usu ob[illegible], [inquit idem Ulp.] stipulatio locum habebit, *Budæus* hu-

hasce ll. inter suas *ἀντινομίας* retulit, à quo in effectu non recedit *Pac.3.ἐναντ.50.* qui putat, *in d l.per servum 14.§.1.* sententiam Pomponii ab Ulp. referri, non probari, quod dici nequit, nam Pomponii sententiam ratio juris probat. Cum enim fructui ex natura rei insit utendi commoditas, qui enim fruitur utitur, jure omninò congruens est utendi facultate adempta, etiam fructum adimi. Rectius *Cujac.8.observ.9.* Regulariter (inquit) non est fructus sine usu. Accidit tamen interdum, ut sit sine usu, quod explicat *d.l.14.§.ult.* unde benè subjicit *Gilb.Reg.* [illegible] fructus sine usu est, cum id fructuum, quod post usum superest, legatur, quod sæpè ab usuario consumitur. l.fundi usu [illegible] & habit. Jctis fructus ab usufructu differt. (Vide & *Zas. in ANTI-NOM. cont. Buda.*)

XIII.

Ad l.4.ff. de servitut.

Servitutes neq; ex tempore, neq; ad tempus neq; sub conditione, neq; ad certam conditionem constitui possunt.

d.l. cujus rei ratio petenda est, ex *l. obligationum ferè* [illegible] *licet.ff.de obl.& act. l.foramen.de S.P. Urban.* (*Zas.2 respons.40.* [illegible] *comment.20. Duar. & Forc. in d.l.4.h.t.*) *Opponi solet l. ex* [illegible] *V.O.* ubi via promittitur sub conditione (*R. Don. d. loc.* [illegible] *1. varior. 9. Pac.3. ἐναντ.51.*) 2. Opp. Zas. quod dominio & possessioni conditio adjungi possit, *l.qui absenti §. 1. de adquir. poss.* ubi dominium & possessio sub conditione tradi possunt. Cur non igitur & servitus conditionem recipit? *R. Forcat. ad d. l. 4.* quod sit dissimilis ratio dominii ac possessionis cum servitute, quam tamen ipse non explicat satis, quocirca ad Zas. recurrendum erit. 3. Opp. *l.4. de usufr.* ubi ususfructus ex die dari potest. *R. d. l. 4.* de reali servitute loqui, cum enim simpliciter mentio servitutis in jure fiat, ad realem id referendum tralatitium est (*Donell.11.comm.n.30.*) 4.Opp. quod servitutes precario concedi possint *l. 2. §. final. l.3.ff.de precar. l. si precario ff. commun. prædior.* precarium autem à voluntate ejus, qui pecario dat dependet.

R.

R. has verè servitutes non esse, sed saltem abusive sic dici, non enim quæcunque servitus vocatur, ea est servitus, si non transmittatur ad hæredem *l. 2. § 1. si serv. vind. l. Lucius ff. de S. R. Præd.* Sic emptionem abutentes, dicimus eam, quæ non est, & donationem *l. insulam, de præsc. verb. l. si uno, ff. locat.* nam verba, ut Chamæleon Africus, subinde colorem mutant juxta res eas, quibus proximè adjunguntur.

XIV.

Ad l. 8. in pr. eod.

An ut pomum decerpere liceat, &c. servitus constitui possit?

1. Quia servitus prædiali duorum concursum desiderat, duos inprimis fundos, quorum alter dominetur, alter verò serviat. 2. Quia servitus acquisita prædii dominantis utilitatem cernere debet, *l. quoties ff. de serv. l. ergò § 1. de S. P.* rustic. Atqui fieri potest, ut cui jus decerpendi pomum concessum est, in fundo alieno, fundum nullum habeat, aut si habeat, liquidum tamen est, nullo modo ad sui fundi utilitatem spectare. *Duar. Costal ad d. l. 8 Forn. 2. select. 28. An verò saltem ut personalis servitus constitui possit?* Negat *Cuj. 24. obs. 12.* quia nec usui vel fructui ea facultas decerpendorum pomorum in alieno similis est, & quæ non his duabus servitutibus personalib. assimulantur servitutes personales non sunt. *Affirmo.* Quisquis enim jure constituto alterum in re sua quid facientem cogitur pati, hujus res servit. l. quoties h. t. Quisquis item in re sua jus suum aliqua in parte diminuit, alterius auxit, servitutem rei suæ imposuit *l. de pupillo §. & belle de oper. nov. nunc.* In ea autem causa est, qui alteri in re sua pomi decerpendi jus concessit, sic enim cogitur pati, quod prius non cogebatur, & apertè his rebus ut diminuit jus suum, ita auget ejus jus cui concessit, *Donell. 15. com. 1.* Neque officit argumentum *Cuj.* præsuppositum enim est falsum. Est enim usus in alieno, *l. usu quæst. quib. usufr. amit.* Item non *obst. l. 8 de serv. uti* nec hoc, quod propterea fundus noster pluris vendi possit, & sic hactenus servitus ad utilitatem fundi nostri pertineat. Quemadmodum inter disputandum demonstrabitur.

XV.

XV.

Ad l.9.eod.

Si itineris, viæve servitus sine ulla determinatione partis fundi constituta sit, Quæritur cujus sit electio?

R. *Costa in d.l.9. Pac.3.* ἐναντ. hæredis esse 1. per *l si via 26. de S.P.R.* quia dominus qui servitutem debet, potest iter in [illegible] parte jam constitutum in alium locum transferre *l. 2. §. [illegible] ff. de relig. & sumpt. fun.* Verum ipsis adversatur *l. 9. h.t. 2. l. si mihi de S.R.P. 3. l. ult. ff. de aq. quot. & æst. (Don. 11. comm. 14.)* in generali legato electio ipsius legatarii est. *§. sed generaliter Inst. de leg.* cui [illegible] inconcinne hoc legatum assimulabitur, si quidem totus [illegible] atque ita in genere servire dicitur, *d.l. si mihi de R.S.P.* nec obstat *d.l. si via 26.* in qua hæredi electio tribuitur, nec enim simpliciter tribuitur, sed sub conditione, si modo nulla captio legatario sit in servitute, quod & nos volumus.

XVI.

Ad l.15.eod.

An servitus, quæ prædio utilis non est, constitui possit?

Negat *l. quoties. ff. de servit.* Affirmat *l. et fundo. ff eod.* [illegible] cet pecoris servitus ad prædii utilitatem potest non [illegible] cpnstitui tamen potest *l. pecoris ff. de S.R.P.* idem dic [illegible] servitute haustus, *l. mela ff. de alim. & cibar. leg.* & in [illegible] servitutibus, quæ animi & levationis causa constitu[illegible] *hoc jure in pr. de aq. quot. & æst.* neque obstat *d. l. quoties*, [illegible] rectè accipiemus iis in casibus, quibus nihil pervenit ad prædium dominans, veluti ne vicinus in suo consistat, [illegible] cum nec prædio meo utilis sit, neque ex eo ad prædium [illegible] aliquid perveniat, servitus sanè dici nequit. Aliud [illegible] dum erit si talis imponatur servitus, ut exinde ad [illegible] prædium quid perveniat, licet minus utiliter. *Cor[illegible]*

de

de servit. Costal. in l. 15. ibid. Forcat. Duar. h. t. Govean. 1, var. 15. Hotom. 8 obser. 11. & 13. in fin. Ant. Fab. 5. conj. 11.

XVII.

Ad l. cum eo, 9. eod.

Num ob omnes servitutes novum opus nuntiari possit? Affirm.

Quod enim de genere dicitur, id de omnibus speciebus dictum intelligitur. At in *l. un. §. 1. de remiss.* in genere dicitur, eum qui servitutem habet, novum opus nuntiare posse. E. & id de omnibus speciebus accipi debet, atque hoc quidem de servitutibus urbanis nominatim exprimitur in *d. l. inter. §. 1. de S. V. P.* de rusticis exaudiri potest *l. in judicio 47. ff famil. ercisc. ut Duar. 2. disp. 17* sententia recipi non possit, inter rusticas & urbanas distinguentis, maximè cum proba diversitatis ratio dari non possit, ut sic ex regula veterum; quæ innectit eadem ratio, ut eadem similis juris dispositio innectat, statuendum erit, arg. *l. illud quæsitum ff. ad l. Aquil.* Causam distinctionis *Duar.* dedit l. qui viã ff. de ope. nov. nunc. in qua statui videtur, eam qui viam habet, novum opus nuntiare non posse. Verùm ei legi optimè ex *l. 9. ff. si servit. vind.* respondebis, nimiram prius constare debere de jure servitutis, deinde opus novum nũtiandum, quod ipsum in omni servitute cõstare prius volumus. V. G. servitutẽ, viæ in fundo tuo habeo, tu autem in via ædificas, non protinus possum novum opus nuntiare, si negaveris, mihi deberi servitutem, ideoque prius de jure servitutis docebo, num mihi aliquod in fundo tuo sit, & si sier, an etiam ei novum opus noceat, quo facto, si appareat servituti meæ illud officere, rectè potero opus novum nuntiare.

XIIX.

Ad l. 2. ff. de serv. rust. prædior.

Rusticorum etiam prædiorum servitutes sunt, licere altius tollere, & officere prædio vicini, vel cloacam habere licere per vicini do-

mum, vel prætorium vel protectum habere licere inquit Nerat. cui obstat quod eædem illæ servitutes urbanorum prædiorum esse dicuntur.

L. 1. de S.V.P. & §. 2. Inst. eod. Cujac. putat, Nervatium à reliquis JCtis dissentire. Respondet *Don. 11. com. 4.* aliter hanc rem considerari in vulgato & quidem recto latinæ linguæ sermone, aliter in usu juris. Quæ R. colorem habet, si in cui minus arrideat, aliam ex *Duar.* apponimus, qui dicit rationem semper habendam ejus prædii esse, non quod, sed ad cujus usum & commodum servitus constituitur, ut si urbanum sit prædium, urbana; si rusticum, rustica servitus dicatur. Itaque quod hic dicitur, licere altius tollere, &c. de tugurio, casa, & ejusmodi ædificiis ad rerum rusticarum custodiam, aut stabulo ad continendos greges comparato accipiendum est, quæ urbana prædia non sunt.

XIX.

Ad l. cum essent 33. §. 1. eod.

Servitute constituta ultra quam ad prædii dominantis utilitatem facit, nemo uti potest.

d. l. 33. §. 1. quæ & hujus rei duplicem adsignat rationem (*Ant. Fab. 5. conject. 11.*) addi & tertia potest, quia concedendo alii efficit servitutis conditionem deteriorem quod ipsi facere non licet *l. servitutes quæ 20. §. pen de S.V.P.* addit *d. l. 33. §. 1.* exceptionem, Pacto sc. vel stipulatione intervenientibus hoc concedi solere, cui tamen exceptioni utraque illa ratio ab Affricano *d. l. 33. §. 1.* reddita adversatur, *Don. com. 14. in fin.* non ait hac concessione id tribui, ut debeatur servitur, sed ut in ea cessione, is qui cessit, pacti exceptione defendatur, quæ R. ne quæstioni ab Africano in *d. l. 33. §. 1.* respondeat, vereor quæ in hoc concepta est, num alteri is, qui per vicinum prædium aquam ducit, haustum concedere possit? Resp. quoquomodo imposita servi-

vitus sit non licere, nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta sit. E. ut priore modo nulla & inefficax est servitutis constitutio, ita per contrarium interveniente pacto vel stipulatione rata & efficax erit, quod ita mihi videtur, quocirca ut hoc rectè dictum sit, & utraque superior ratio nostræ exceptioni non officere appareat, dicendum si in servitute superiore hoc nominatim cautum sit inter eum, ex cujus fundo aqua hauritur, & eum cui debetur aquæ ductus, valebit servitus haustus tanquam ab eo constituta, non qui cessit, sed qui eam cedere permisit (*Duar. ad d. l 33. §. 1. h. t.*) nam cum ejus voluntate ille cedit, hic, i. e. dominus cedere videtur, *l. si quis prohibuit ff. de publ. in rem action.*

XX.

Ad l. si quis diuturno 10. ff. si serv. vind.

Possunt ne servitutes usucapi?

Negant *l. 4. §. ult. de usucap. l. servitutes prædiorum ff. de servitut. l. servus §. incorporales ff. de aq. aer. dom. l. 10. §. hoc jure de usucap.* requiritur enim ad usucapionem possessio. Quæ incorporalium nulla est *l. 3. in pr. ff. de aq. vel amitt. poss.* & hæc est argumentatio Pauli in *d. l. servitutes prædiorum*. Affirmant verò contra *d. l. si quis diuturno 10. si serv. vend. l. in fin. ff. de aq. plu. arcend. l. 1. & 2. C. de servit.* Varias opiniones vide apud *Coras. ad d. l. 14. d. servit. Donell. 11. com. 12.* Putarem simplicius & rectius statui longam quasi possessionem ejus jure prætorio defendi, qui longo tempore servitute usus est, nec vi nec clam, nec precario *d. l. si quis diuturno 10. hoc tit.* Usucapionem verò servitutum demùm ex Justiniani constitutione introductam esse *l. ult. C. d præ. sc. long. temp*, cum olim servitutum usucapio nulla esset, *d. l. 14. de servit.*

XXI.

Ad eand. l. 10. eod.

Num titulus in servitute acquirenda sit necessarius.

Negant *Dd. com. 1.* per *d. l. 10. h. t.* in qua non cogitur de

jure,h.c.titulo suo *final.de aqua plu.arc.l.2.C.de servit. 2.* quia taciturnitas& patientia adversarii loco tituli habetur,*Don.11.com.12.* Affirmat *Duar.1.dis.34.l.nullo C.de Rei vind.l.Celsus de usuc.l.ult.C.de usucap.pro hered.Hotom.8.observ.10.* Verum responsionis ratio *ad l.10.* *Duareni Donello* improbata & refutata est. Ideo aliter R. *Hotom.* qui ex conjunctione *l.1.& final.de aq.pl.arcend.putat.d.l.10.* loqui in vetustis.per contrarium igitur in aliis titulum requiri. Quæ sententia forsan ex eo infirmatur,quod diuturnum tempus, cujus meminit *d.l.10.* decennio contentum sit, quod & hic planè dicendum erit, alias enim absurdè statuemus Prætorem non aliter longam quasi possessionem servitutum tueri,quam si quis per tantum temporis spacium possederit,cui vetustas authoritatem dederit,ut loquitur *d.l.fin de aq.pl.arcend.* E. communi adhæremus.

XXII.

Ad l.4. quemad. servit. amit.

Iter sepulchro debitum , non utendo nunquam amittitur, inquit Paul.

d.l.4. ratio ejus obscura est,putat *Cujac.* religionis favore id constitutum quæ posset confirmari ex *Forn. 1.select. 9.* quod *Donellus negat 11.comm.ult.per l.14.§.1.de servit.* quocirca ipse hanc reddit,quod videl.natura non patitur, ut eo itinere semper & perpetuò uti queamus, & ipse latius explicat, quam tamen non admittit *Forcat.ad d.l.14.§.1 n.5.* Hæc ratio(inquit) dissentanea est à solita & jam olim usurpata pietate, nam etsi vivax familia fuerit,tamen inferias mandare sepultis veteres consueverunt,& anniversariam eorum memoriam ad tumulum repetere *l.anni.a §.1.de an legat.l.Mævia ff.de manumiss.testam.* Sic apud Virgil.3.Æn.

Libæbat cineri Andromache,manesque vocabat
Hectorum ad tumulum ----------

Igitur alia ratione non amittitur, nam & amissum idem vicinus servientis fundi dominus,aut ultrò precario concederet,aut extra ordinem vendere justo precio cogetur *l si quis. sepulchrum de religio.& sumpt.fun.*

DISPU-

DISPUTATIO DECIMA.

R. MELCHIORE HOFMANNO Halens. Sax.

Ad l. 4. & 5. in pr. ad l. Aquil.

THESIS I.

Quomodo & quando furem nocturnum vel diuturnum interficere licet?

Ex l. 12. tab. Si nox furtum faxit, & si aliquis occisus, jure cæsus esto, *Macrob. 1. c. 6. Gell. 11. c 8. Revard. ad l. 12. c. 26. Lips. in frag. 12. Tab.*) Interdiu verò si se telo defenderit, jure cæsus esto (*Lips. d. lo. l. 14.*) utrique legi additum illud ex interpretatione prudenrum: si id ipsum cum clamore testificetur *d. l. 4 h. t.* (*For. 1. select. 22.*) Verum hisce pugnat illud quod Ulp. tradit in *l. furem 9. ad l. Corn. de sicar.* furem nocturnum (inquit) si quis occiderit, ita demum impunè feret, si parcere ei sine suo periculo non potuit. Quid dicemus? An legem 12. Tab. in usu esse desiisse tempore Ulpiani? (*ut Vult Cujac. 14 obs. 15.*) An à posterioribus Jurisconsultis ita acceptam, ut saltem in agris ea procederet? (*Harmeno 6. c. 5*) quæ opinio firmatur. 1. Ex inscriptione *d. l. 4. h. t. & l. si pignore 56. §. furem. ff. de furt.* Utraque enim concepta est ad edictum provinciale *l. 2. per l. 1. C. quand. lic. unic fin. judic.* & si rem putemus accuratius, inconcinna non est, quo enim in agris major est, remotis arbitris, petulantia, eo & sævioribus illi condigni pœnis quam qui in urbe, ubi Magistratus copia est, furantur. Ex quibus non inconcinnè dici potest, nullam *l. 12. tab.* usum in civitate tempore Jctorū extitisse. Si enim fur nocturnus se telo defendat

non ut fur, sed ut sicarius, omni jure interficitur, quo spectat id *Ulp. l. 5. h. t.* eum, qui cum posset apprehendere, si occidere maluit, ex l. Cornelia teneri.

II.

Ad l. 7. §. si quis. 4. eod.

An libero homine occiso, hæredes ejus utiliter ex l. Aquilia agere possint?

Negavit *Bulgar.* quem secutus est *Alberic. in d. l. 7. §. si quis. h. t.* 1. quia liberi hominis nulla est æstimatio, *l. 1. §. sed cum liber. ff. de his qui dejec. vel effud.* 2. quia pœna pecuniaria descendens ex delicto, non transit ad hæredes lite non contestata, *l. ex judiciorum ver. fin. ff. de accusat. l. unic. C. ex delict. defunct.* 3. per rationem traditam à *Gomes. 3. resol. 3. n. 37.* Affirmavit *Azo per d. l. 7. §. si quis 4. h. t. l. liber homo eod.* cujus sententiam veriorem putamus, *Costal. ad l 3. si quadr. paup. fec. dic. Wesenb. in π. h. t. n. 7. Hartm ab Epp. lib. pract. observ. tit. 50. observ. 10. in fin.* vide *Cujac. 21. observ. 20.*

III.

Ad l. 11. §. Celsus scribit eod.

Si alius mortiferè alium vulneraverit, alius verò mortem acceleraverit, prior non tenetur nisi de vulnerato, posterior de occiso.

d. l. §. Celsus. h. t. cui è diametro videtur contradicere, *l. ita vulneratus. vers. igitur si quis. h. t.* quæ vult, tàm priorem quàm posteriorem de occiso teneri. Vides nebulas, adduc lucem *(ait Zas. 2. sing. intell. 6.)* si poteris. Quo quidem nihil facilius, modo hoc primum à Zasio obtinuero, non valde hac in re ipsum oportuna locutum fuisse: semper enim hoc manet, sive posterior mortem acceleraverit, sive non, priorem de occiso teneri, ut textus est manifestus, in *d. l. ita vulneratus vers. rursus Aquilia lege, &c.*

(dis-

(dissent. *Costal. ad d. l. ita vulneratus*) Ergò sic statuendum erit, si utrumque sine contradictione scriptum esse volumus, priorem æquè ut posteriorem de occiso teneri, si certò constet, ab utrisq; vulnus lethale inflictum fuisse, & in vulnus, quod primò illatum est, cooperasse ad mortem, *d. l. ita vulneratius vers. igitur si quis.* quod ipsum confirmat, *d. l. 11. §. 2. h. t.* & si eodem in casu accipiamus *d. l. 11. §. Celsus scribit*, consentient, ut ajentia & negantia : at nunc constat, cum locum sic accipi posse, ut quidem prior vulnus inflixerit tale, ex quo potuit mors sequi, atque ita ratione istius eventus dicitur mortiferum, *in d. l. 11. §. Celsus scribit*, verum per contrarium evenire potest, ne ea sequatur, ut meritò in hoc casu dubio, ad mitiorem declinemus partem: & ne cum *Zasio* regeras hoc esse textum corrumpere, non tàm verba quàm rationem & mentem legis introspici volumus; verbis quidem attentis erit duriuscula hæc interpretatio, at sententia & ratione amicissima. Qua itaque ratione priorem non teneri probat? quia (inquit) ex alio vulnere periit. Atqui, si prius vulnus lethale dixeris, erit hæc ratio manca ex certissimis principiis, *l. ita vulneratus. in princ. vers. rursus Aquilia l. huic scripturæ. §. fin cod.*

IV.

Ad l. 27. §. hujus legis 4. eod.

Secundum L. Aquiliæ caput in desuetudinem abiit, quæritur, quid in eo actum fuerit?

Videtur (inquit *Cujac. in pr. h. t.* fuisse de quavis alia ratione damni dati etiamsi non fuerit læsa res nostra, sed intercepta nobis utilitas quædam, quod rejicit *Freher. 2. parerg. 3.* quis credat (ait) de tali damno statim secundo & medio legis capite edicturum fuisse legislatorem, ac non potiùs ultimo capite, veluti miscello reservaturum. Quocirca is putat, de eo damno fuisse, quod à quadrupede datur, & pauperies vocatur quæ sententia forsan ex eo improbatur, quod lex Aquilia prioribus de damno loquentibus

ll.derogaverit, *l.1.h.t.* legi autem de pauperie loquenti derogasse vix dici potest, *l.1.ff.si quadr. paup. fecis. dic.* imo non debet, quia lex Aquilia loquitur de damno injuria dato, *l.1.h.t.* At quomodo brutum animal, quod sensu caret, injuriam fecisse dici potest, *l.1. §.ait pretor.ff.si quadr.paup.fec.* Quicquid dixeris nihil obest, cum res non ita magni momenti sit, neque quicquam certi de eo ullibi appareat. Si tamen conjecturis locus detur, cum Chiflet. res censenda erit, *ex l.5.§.2.de serv.corrup.* videl. de servo corrupto egisse, quod ut tanto firmius retineamus, amovenda ea erunt, quæ primis oculis adversari videntur. Duo enim objicit huic sententiæ *Freberus d.loc.* primum inscriptionem, *d.l.27.h.t. & d.l.5. §.2.de serv.corrupt.* illa enim est *ad edict.lib.18.* hæc verò *ad lib.23.* atque ita longo post intervallo (inquit *Freber.*) tractat Ulp. de servo corrupto. Verum meminisse debuerat vir doctus ea in re, Ulp. tempora edictorum observasse, in confesso enim est, edictum de damno, longe vetustius esse edicto de servo corrupto (quod patet *ex l.39.ad l. Aquil.* ubi & Q. Mutium de eo disputasse liquet) ut merito de illo prius quam de hoc disserere debuerit Ulp. Altera ratio *Freberi* est, non esse causam ob quam id in desuetudinem abire debuerit. Qua in re fallitur. Nam actio de servo corrupto in duplum datur, licet fateatur. Actio autem l. Aquiliæ inficiantem duntaxat coercet *d.l.5.§.2. & l eod.* nemo autem tam stultus, qui non actionem magis prægnantem sit electurus, & hæc causa est, l. Aquiliæ actio in usu esse desierit,

V.

Ad l.29.§. si navis 2.eod.

Si fune rupto aut cum à nullo regeretur navis, incurrisset cum Domino agendum non esse inquit *Ulp. in d. l. 29. §. 2. h.t.* quod displicet *Antonio Fabro 5. conject. 17.* qui ideò negationem tollit, hoc est, novam legem condit, quod quam sit & debeat esse alienum ab iis, qui juris Interpretes sunt & haberi volunt, nemo non videt. Verùm ex rationibus Fabri facile apparet, ipsum in facti contingentia hallucinari. Eo enim constituto cessabit objecti vis omnis. Cæruleos qui Neptuni cãpos vidit & sulcavit, in quibus quasi canes haud secus circumstant naves ventorum da-

damnifici turbiues, sæpius in alto & turbido mari vi ventorum aliavè tempestate naves anchoris jactis consistere mecum re stabitur. Sic & in casu nostro si ita nunc navis anchoris alligata fune rupto, damnum dederit, anne tu æquum dixeris contra dominum actionem dati damni concedendam esse? Ex sententia *Fabri* utique: quia funibus probis (inquit) navis destituta fuit. At illud nego, & nautarum communem morem introspici volo, qui certè dubiis maris fluctibus se non nisi optimis instructi funibus credunt, ideoque eo casu, si in alterius navem navis religata eo modo incurrat, illud ut casu fortuito contingens, domino navis non imputabitur *l. contractus de R. I.* neq; hoc jam dubium, sed alter ille casus etiamnum in difficili est, cum sc. navis à nullo regitur. Si tum navis damnum dederit, estnè quod domino imputari possit, cur non de idoneo gubernatore navi prospexerit? certè esset quod domino imputari possit, si non casus propositus ipsum excusaret. Idoneus navi præfectus est gubernator, sed qui vel,

Dum sidera servat
Excussus puppi mediis effusus in undis,

Vel si servatus, sic tamen turbantibus æquora ventis (de eo enim casu loquimur) omninò intractabilem clavum sentit, ut ventorum marisque vacillanti & instabili fortunæ se committere necesse habeat, quo casu cum à nullo regitur, meritò & dominum navis excusamus *arg. l. fin. §. si propter ibi.* propter necessitatem adversæ tempestatis *ff. de publ. & vectig.* Atque hanc expositionem similem verò esse, *ex §. si navis 4. d. l. 29.* facilè cuivis constare poterit, & si à nobis petatur, inter disputandum demonstrabimus.

VI.

Ad l. 32. ff. eod.

Si servus alicujus furtum fecerit, noti juris est, in dominum noxalem furti actionem dari, l. 1. & t. t. de nox. act. ut damnum

mnum præstet, vel servum noxæ dedat.

Quæ de uno servo dicta sunt, eadem obtinent in pluribus. Sic tamen ut non in singulos detur pœnæ persecutio, sed sufficiat id præstari, quod præstandum foret, si id furtum unus fecisset, *l.1.ff.si famil furt.fecisse.* Quæsitum autem illud est, inquit Cajus, an idem debeat & in actione damni injuria dati observari: & magis est idem observandum esse. Cum enim circa furti actionem hæc ratio sit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat, eaque similiter & in actione damni injuria interveniat, sequitur, ut idem debeat existimare, præsertim cum interdum levior si hæc causa delicti, veluti, si culpa & non dolo damnum detur, *d.l.32.h t.* Cui expreßè refragatur *l.9.ff.de juris d.* cujus manifestæ & dilucidæ repugnantiæ si conciliationem aliquam quæramus, videamus ne veterum existimationis quam nostræ studiosiores simus, inquit *Hottom.illust.q.33.* putat tamen *Cujac.8.obs.20.* distinguendum esse inter verba edicti & interpretationem JCtorum, quem sequitur Pacius 1.*ἐναντ.56.* Neque improbatur Char.1.πιθ.3. Aliter ex sententia *Accurs.* existimat *Baro sc.d.l.9.* loqui in pluribus servis diversorum dominorum, quod quam planè alienum à textu sit, quis non videt? Ego sanè non puto, quicquam dissidii esse, rectè modo singula expendantur. Familia si album prætoris corruperit non idem observatur quod in furto, quia plura facta sunt, in furto unum. Plura facta esse probat exemplo ejus, quod constitutum est, de servis injuriam facientibus in *l si plures ff de inj.* & damnum dantibus *l.11.§.4.h.t.* quod neque Cajus in hac l nostra negat, quinimò ex ea nata erat ipsi dubitandi ratio: quia plura in damno dato sunt facta. Ergò & omnium æstimationem præstabit. Verum propter identitatem rationis contrarium statuit, atque hæc collectio plerosque decepit in *d l.9.* plura sunt facta (inquiunt.) Ergò non sufficit unius pœnæ præstatio. Nam ipsis primum adversatur superior ratio Caii, ne videl. dominus tota familia carere necesse habeat. 2. Quod disertis verbis & Octavenus iis in casibus domino succurrat, quod rectè animadvertit *Charond.d.loc.* frustrà igitur dices à Paulo ea de pluralitate factorum, erunt proposita: non quidem frustrà, sed non ad eum finem, quem ipsi putant, qui

hic

hic est, ut ostendat saltem concurrere eum casum de albo prætoris in hoc cum duobus propositis, verum cum ibi majestas prætoris vindicatur, aliud meritò constitutum est.

VII.

Ad l. qui tabulas. 42. eod.

Qui tabulas testamenti depositas aut alicujus rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione & ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. Legis quoque Aquiliæ actio ex eadem causa competit, inquit Julianus *in d. l. 42 h. t.* Atqui disertè in eam rem actio de dolo competit, *d. l. si quis tab. 35. ff. de dol.* ut superioribus locus concedi non possit, cum hæc sit veterum constans definitio, toties actioni de dolo locum esse non posse, quoties ulla alia actio superest, *l. 1. §. 4. l. 7. in pr. de dol.* Variis modis hunc obicem suo more amovit, *gloss. ad d. l. qui tabulas.* Ex quibus prior placet considerandum sc. esse, quis nam ob eam causam agat, utrum qui deposuit vel ejus hæres, ille rectè actione depositi vel ad exhibendum aget, hic non utique quia illud manet, cum non deposuisse. E. ad actionem de dolo confugere debet, *Pac. 2. ἐναντ. 87.*

VIII.

Ad l. 28. ff. de noxal. action.

An contra bonæfidei possessorem detur noxalis actio? Affirm.

d. l. 28. de noxal. action. 1 Opp. quod is qui nullum dominium ad actorem transferre potest, noxæ deditione non liberetur, *l. 27. in fin ff. de noxal. act.* At bonæfidei possessor cum ipse dominiũ non habeat, qua ratione in alium transferet? Respõsionem suppeditat eadem *l. 27. in fin.* magis sc. esse, ut qualicunq; noxæ deditione defungi possit, quæ etsi bonæfidei possessorem non liberat ipso jure tamen eundem usum actori præbet, atq; si dominus factus fuisset, nam domino servum vindicanti, nec offerẽti æstimationem litis, opponit exceptionem doli, *d. l. 27. in fin.* 2. Oppon. *l. 27. §. servi. ff. ad l. Aquil.* quæ servi occidentis nomine do-

minum teneri ait, non bonæfidei possessorem, & de noxali proculdubio actione loquitur, cum dicat, *Servi nomine.* R. *Cujac.6.ad Afric.in explic.d.l.28.h.t.* quem qui sequi velit poterit. Probabilius dicemus in specie, *d l.27.§.servi.* bonæfidei possessorem non amplius possidere tempore litis intentandæ, licet tempore delicti possederit, quæ responsio planè necessaria est, quomodo enim alias quæstio simul de domino & bonæfidei possessore institui possit, nisi ponamus dominum adesse & servum possidere. 3. Oppon. *l.1.§.1.ff.de serv. corrupt.* R. *gloss. ibid.* quam probat, *d.l. Cujac.*

IX.

Ad l. penult. ff. fin. regund.

Facilis quidem hæc lex est, verum circa eam crassi nostrorum sunt errores. Quæstio ejus hæc est. Titius duos contiguos fundos habens quorum uterque propriis limitibus ab invicem distabat, alterum eorum vendidit Seio, ut non quidem juxta terminos veteres, sed novos ab ipso venditore demonstratos à fundo retento distingueretur, quod ipsum per testes vel instrumenta apparuit, & necessario præsupponendum est. (inquit *Zas. 2.sing.intell.14.*) Orta postea de finibus inter emptorem & venditorem controversia, illo contendente, veteres & antiquos terminos observandos esse, hoc contra novos retinendos adserente, quid juris quæsitum est? R. Paul. non termini qui singulos fundos separabant (puta ante venditionem) observari debent, sed demonstratio confinium novos fines inter fundos constituere debet; pendet enim finium constitutio à voluntate venditoris, qui pro arbitrio fines constituere potest, *l. quod in rerum.in fin.ff.de legat.1.l.in re mandata. C.mandat.* non ergò cum *gloss. Bald.Odofr.& comment. Doctor.* ponendum erit, venditorem inter duos emtores deposuisse, ut rectè animadvertit *Bartol. ad h.l.pen.*

X.

Ad l. quinque pedum. C. h.t.

Quinq; pedum præscriptione submota finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio.

d.

d.l.quinq. pedum C.h.t. Ex ll.12.tabb.ita jus erat, ut intra confines agros spacium quinque pedum relinqueretur, idque ab omni usucapione immune. Verba *l.12.tab.* retulit *in frag.Lips.in finib.* intra quinque pedes usucapio ne esto. Sumpta est *ex lib. 1. Cic.de ll.* postea *ex l. Manilia* (quamvis alii fuisse putant Maniliam, *Hottom. in ll.Rom. litt.M.Cujac.5.observ.21.*) cautum, ut arbitri sive agrimensores tres perinde atque in vindicationibus earum rerum periti regendis finibus, id est, discernendis darentur. (*Cujac. d.l.in fin.*) Si verò de majore loco lis esset, qui & usucapi poterat, apud magistratum terminaretur. Ex his nunc viris doctis diversimode superioris loci explicatio nata est. Sunt qui putant, de usucapione quinque pedum commodè accipi posse, quod tamen nescio, an verosimile, cum id jam ex 12. tab. antè receptum fuerit: quinimo connexio finalis jurgii vel locorum (quorum usucapio fuit) aliam dubitandi causam habere videtur. Alii putant, l. Maniliæ differentiam ex hoc rescripto enervari. Quorum sententiam conjicio ex inscriptione d. l. veram esse. Consulti enim Imp. à Neotherio Præfecto prætorio, num præscriptio, h.e. exceptio (ita enim frequenter præscriptionis nomen sumi sciunt omnes *l an vitium. & l creditor de divers. temp præscript.*) quinq; pedum ex l. Manilia de eligendis tribus arbitris objici possit judicaturo Magistratui: R. ea submota, h.e. sublata finalis jurgii vel locorum liberè peragi intentionem, h.e. sive lis sit de fine (de qua antea arbitri dabantur) sive de loco (de quo & antea judicabat Magistratus) liberè, h.e. ordinariè apud Magistratum agi posse (*vide Alciat.in d.l.quinq. pedum.Nicoll.Vall.de reb.dub.c.8. Charond.3.verisimil.c.16.*

XI.

Ad l. ult. C. eod.

Præscriptio 30.annorum locum habet in finali quæstione.

d.l. ult. Estque hoc actionibus mixtis cum personalibus commune *l. 7. C. de hæredit. petit l. 3. C. de præscript. 30. vers. 40. ann.* Opponi solent. *l. 2. §. 6. vers. sed si fundus. l. qui fundum 7.§.1. ff pro empt.* ubi dicitur, si fundus sit ab aliquo emptus, deinde au-

tem ampliores fines possederit, illud totum usucapi longo tempore, i.e. 30. annis R. *ad d.l. final gloss.* quam rectius explicat *Sichar. ibid. n. 2.*

XII.

Ad l. 4. §. 3. cum similibus ff. fam. ercisc.

Quomodo inter fratres erit facienda divisio?

De *jure civili* officio Judicis vel sorte ea fit, *d.l. 4. §. sed & tabulas. l. 5. l. 16. l. 23. 27. h.t. l. 3. & 4. C. comm. de legat. l. 2. C. quand. & quibus quarta pars*, quod *jure Canonico* immutatum putatur. *c. 1. de Paroch.* O imitatores servum pecus. Quia gl. dixit, E. Nihil omninò d.c. de hoc casu disponit. Quicquid sit, ex eo errore apud nos jus natum est *text. in artic. 29. Landr. lib. 3. Novell. Elect. August. part. 1. c. 15.* ubi hoc refertur ad id tempus quo divisio fit (unde elegans Q. de qua eleganter *D. Rauchbar. q. 40. n. 7.*) adde *Mollerum* ibidem cum allegatis. Servatur & hæc sententia plerumque in utroque foro. *Mynf. 4. obs. 37. Gail. 2. obs 116. n. 12.* Ideò cum stylus judiciorum pro lege habeatur, & quotidianus fori usus sit optimus legum interpres, *l. 37. cum seq. de LL.* ab ea recedendum non est, maximè cum fundamentum in sacris habeat, *Genes. 13. vers 8. & seqq.* neque Romanis is modus incognitus videtur, ut apparet ex *Seneca lib. 6. declamat.* Major autem quis hic dicatur, explicat *Zobel. ad d. artic. 29. Moller. d. loc. n. 4.*

XIII.

Ad l. 37. eod.

Qui familiæ erciscundæ judicio agit, an is adversarium sibi cohæredem esse fatetur.

Affirm. *l. 1. §. etsi possessor. ff. si pars hered. pet. l. fundus qui dolis §. si ego ff h.t.* Quibus tamen vehementer refragatur, *l. 37. ff. fam. erc.* Sunt qui dicant in manuscriptis Codicibus negativam non extare, quod etiam Basilica confirmant. Verum negativa retenta poterit hæc esse ejus l. sententia *In §. praced. l. cum putarem*

rem

rem 36. actum fuit de ea specie, ubi quis putabat, alium sibi esse cohæredem, cum revera non esset, atque ita adjudicationes & condemnationes factæ sunt. Quæritur postea rei veritate cognita, utrum condictio competat? Respondet JCtus quod non, quoniam ex causa judicati solvit. Atqui non est familię erciscundæ judicium, nisi inter cohæredes? cui objectioni præter ipsius JCti responsionem *in d.l.36.* hac *l.37.* occurritur; imò non semper, qui familiæ erciscundæ judicio agit, confitetur adversarium sibi cohæredem esse, ut exinde non posset (sic enim ponenda est quæstio hujus legis, ut cum præcedente conveniat) moveri in contrarium hæres, quod quomodo nunc intelligendum, explicat *Cujac.9.observ.36.*

XIV.

Ad l.arbitrum 42. eod.

An unus arbitrum familiæ erciscundæ petere poßit? Affirm.

d.l.42.h.t. ubi ita ratiocinatur JCtus: Si unus ex cohæredibus potest ad judicem provocare cui jus dandi arbitri, potest & arbitrium postulare. Illud potest, *l.in tribus ff.de judic.* E. & istud, *Cuj.9.obs.24.* Pro quo argumento duplex aliud noster *Accurs.* reponit, Si arbitrum poscere ignorantibus aliis potest, poterit & scientibus & consentientibus aliis, alterum ex iis verbis, igitur & præsentibus. Si unus ignorantibus aliis arbitrum poscere potest, & invitis igitur. Utroq; in argumento memoria antiquitatis labitur. Constat enim judices arbitrosve non nisi consensu litigantium electos fuisse (*Brisson.2.antiq.1.Revard.pro trib. lib. sing.11.*) ut vel inde alium argumenti modum subesse conjici possit. Ex quibus quoq; collabascit *Gilb.Regii 1.ἐναντ.16.* correctio qui putat, pro Præsentibus legendum Absentibus. Atqui invitis cæteris poterat vel unus arbitrum petere, *d.l. arbitrum. 42.* multò magis ergò ignorantibus & absentibus poterit, *l. 26. de R. J.* Responsio est apud *Revard.ad d.l.26. de R.J.* Quamvis inquit rectè consequi videatur, ut quibus invitis licet alienare, liceat etiam ignorantibus & absentibus iis, non tamen aliqua ratione consequi potest, quibus invitis arbiter peti potest, iis absentibus aut igno-

ignorantibus peti etiam arbitrum posse, quoniam præsentia adversarii & scientia necessaria erat.

XV.

Ad l. quæ pater 50. eod.

An sumptus filio subministrati studiorum gratia, in rationem portionis, quæ ex partis bonis ad eundem filium pertinet, computari debeant? N.

1. *per d. l. quæ pater 50. h. t.* quæ cum loquatur in filio emancipato, multò magis in filio in sacris adhuc consistente procedere debet, cum quia nõ eadem est circa illum quàm hunc necessitas, tum quod nec eadem affectio. 2. Erit argumentatio *ex l. unic. C. de peric. success. par. lib. 10.* qui vult consequens, vult etiam necessarium antecedens, *l. 2. de jurisd.* At parens vult consequens, ut sc. filius evadat in virum doctum. Ergò & sumptus velle debebit, sine quibus ad illud consequens pervenire nequit. 3. Pater tenetur alere filium, *l. si quis à liberis ff. de lig. agn.* ergò & ad impensas studiorum, *l. qui filium & ibi Baldus ff. ubi pupill. educ. deb. l. Macedoniani. C ad SCtum. Macedon. l. de bonis §. non solum ff. de Carb. edict.* & censetur eos voluisse cum alimentis compensare, *l. creditorem. l. si compensandi, ubi Dd. C. de hæred. inst. l. si uxor. C. de bon. auth. jud. poss.* 4. Militaria arma filiusfam. conferre non tenetur, *l. 4. C. fam. ercisc. l. 1. C. de Castr. pecul.* nec itaque libros, nec cætera, quæ arma sunt quasi militaria, quibus non magis humano generi providetur, quam gladiis, clypeis & thoracibus, *l. 14. C. de advoc. divers. judicior.* 5. Libri causa profectus emuntur, hæc autem causa nunquam cessat, *l. 20. ff. de fideicomm. libert. l. pen. ff. ad exhib.* Ergò eos nunquam etiam filius conferre tenetur, quod tantò magis de vestibus & alimentis erit dicendum, quæ nullo jure conferuntur, ut dicit *Thoming. decis. 32 num. 6.* adde quod studiorum causa concernat favorem publicum, *l. 1. C. de stud. lib. urb. Rom. lib. 11. §. fin. Inst. proœm. auth. habita. C. ne fil. pro patr.* Favore autem publico etiam alias constituitur, ut quis ultra debitam portionem teneatur, *l. ex pollicitatione. l. penult. ff.* de

depoſiti, qua in re tantò promptiores erunt parentes, ſi perpenderint de intereſſe ipſorum agi, ſtudiis enim acquirit filius ſcientiam & dignitatem gradus aſſequitur. Dignitas autem & ſcientia filii laus eſt & gloria patris. Nam (ut dicitur *Ecclesiaſtic. c. 22.*) confuſio patris eſt filius indiſciplinatus. *Tiber. Dec. conſ. 38. num. 3.* Et hæc non ſolùm in patre, verum etiam in matre obtinebunt, *H. Piſtor. quæſt. 19. num. 2. & 3.* niſi conſtat, credendi animo ſumptus ſubminiſtraſſe, *d. l. 50. h. t. Thoming. d. loc. num. final.*

XVI.

Ad l. filium quem 24. C. h. t.

Obſcuritas hujus reſponſi ex vera facti ſpecie depelli poteſt, quæ quidem talis ex mea ſententia addita verborum explicatione conſtitui poterit: *Filium quem habentem fundum portionem hæreditatis fratribus & quibusdam aliis ſub conditione verbis precariis reſtituere ſanxit teſtator*, hoc eſt, Tres filios habens teſtator, uni eorum reliquit in teſtamento fundum pro ſua portione hæreditatis, quem rogavit ut ſi ipſe forſan Titiam in uxorem duceret, eundem fundum duobus ſuis fratribus, iiſdemque cohæredibus, & tribus aliis extraneis, non cohæredibus, ſed reſpectu fundi fideicommiſſariis, reſtitueret. *Poſt ejus conditionis eventum, hæreditaria parte prædii in quartæ ratione retenta. compenſato præterea quod à cohæredibus vice mutua percipit*, hoc eſt, exiſtente conditione, paratus quidē eſt filius reſtituere fundum, ſed prius nomine quartæ Trebellianicæ partem hæreditariam, hoc eſt ſextam ejus fundi (fingimus enim tres filios, & extraneos fuiſſe) ſibi reſervari cupit, ſimul etiam quod à cohæredibus & cæteris fideicommiſſariis ipſi debetur, dari cohæredes pro ſua portione ſolvunt, puta omnes juſſi ſunt decem dare, ideoque qinque ipſi præſtant, cæteri non item, ſed tardiores ſunt, quocirca *ſi quid deeſt in ſupplementum deducto* hoc eſt, ſi urgeant reſtitution cohæredes, ea quidem erit facienda, ſed prius deducet quod quartæ Trebellianicæ deeſt, *quod à cæteris in eo fundo ſolvitur, ſupra quartam habens reddere compellitur*, hoc eſt, ſi ante reſtitutionem, vel inter reſtituendum, vel etiam poſt (finge enim illos conditionem extitiſſe ignorare) tres illi extranei, quod juſſi ſunt dare, ſolvant quatenus

V quar-

quartam excedit, reddere judicis arbitrio compellitur, hæc pro instituto concisè, si cui displiceant, videat uberiores commentarios, *Ferret. Sichard. Donell. Corras. ad l. filium quem. C. h. t. Ant. Fabr. 6. conject. 5. Boet. Eponis Frisii ad l. Gallus. ff. de liber. & posth. Alciat. 6. paradox. 5. Cujac. 8. observat. 3. Vacon. 4. declarat. 59. Charond. 2. verosim. 2. Fachin. 6. controvers. 70.*

XVII.

Ad l. 20. commun. divid.

Quanam sit sententia & lectio, l. si is 20. ff. commun. divid?

Quàm variè eam legant recentiores & melioris notæ interpretes, videre licet apud *Duar. 1. disput 4.* quem refutat *Rebert. 3. sentent. 4.* defendit *Vult. 1. discept. 9.* sequitur *Cujac. 13. observ 29.* Aliter *Ravard. 1. varior. 7.* ego sequor vulgatam lectionem motus inscriptione, *d. l. 20.* quæ Pomponii est *lib. 13. ad Sabin.* in quo libro de judiciis finium regundorum *l. penult. ff. quod cujusque univers.* familiæ erciscundæ *l. 45. ff. fam. ercisc.* Societatis, *l. 37. 39. 62. ff. pro soc.* egit, finge nunc vocatum fuisse eum cum quo tu communem fundum habes, puta quia in finibus ædificium communibus sumptibus construxerat, *juxta l. 4. § 3. ff fin. regund.* Isque vocatione contempta latitet, quia in peremptorio comminatur is qui edictum dat, etiam absente parte cogniturum se & pronunciaturum, *l. 71. de judic.* motu judicis ædificium destructum est, quod in jure novum non est, ut aliquando ad executionem violentam procedatur, *l. qui restituere cum similib. de rei vindic.* præstabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo. Quicquid n. in re communi culpa socii admissum est, eo judicio continetur.

DISPUTATIO UNDECIMA.

JOHANNES Pfeiff, POMERANUS.

Ad l. 2. §. 1. de rebus creditis.

THES. I.

THESIS I.

Quid hoc est dicere? mutuum consistit in his rebus, quæ magis in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quàm in specie.

Sensus est, eas res mutuo dari non posse, quæ non quidem utilitatem & usum præstant in individuo vel in specie data, sed in genere persolutionem, quæ ita alteram in alterius locum substituit, ut ego usum mutuatæ rei habeam, tu vicissim eandem quasi recipias. (Aliter *Decius, Zas. & Doctor. ad d.l.2.§.1. Alciat. 2. Paradox.20. Bellon. 1.supput.4. Charonda 3. Verisim.13. Duar.1. Disput. 14. Vult.14. discept.*)

II.

Ad l.4.eod.

Quæritur quomodo periculum in specie d.l. 4. accipiatur?

Johannes vetus Glossographus pro casu fortuito accepit, 1. quia à verbi propria significatione recedendum non est, nisi de mente contrahentium contraria constet *l. non aliter. 69. de legat.3. l.interest. C. de solut. l.1. §. 20. ff. de exerc. act. ibi.* verbis edicti servire. Propria autem hæc verbis PERICULI significatio est, ut casum fortuitum designet *l. si gratiam 17. §. 1. 2. & 4. de præscr. verb. l. 10. §. 1. commodati. §. cum autem 3. Inst. de exception.* Quod vel maximè in materia mutui dicendum, ubi periculi susceptio etiam casum fortuitum haud dubie implicat *l. 9. in fin. & l. 10. cum simil. h. t.* Alterum argumentum suppeditat IC. *in d. l. 4.* Quemadmodum qui rem vendendam accepit, ut precio uteretur periculo suo rem habet: sicut is apud quem res deposita est, eam periculo suo ha-

bebit. At ille etiam casum fortuitum præstare cogitur *l. 11. h. t.* E. & hic. 3. Surrogatum naturam sapere debet ejus cujus in locum surrogatur *arg l. 10. §. 7. si quis caution. Roland. à Valle consil. 21. n. 24. Menoch. q. 54. n. 29. de arbit. jud quæst.* Depositum autem hoc surrogatur in locum mutui, quod ipsum ex mente suscipientis apparet, qui empturus prædia mutuum desiderabat pecuniam. Nec casum emptionis nondum extitisse movet, quia de dubio disputatio hæc est, in quo regulis juris merito nos conformamus (*Pet. Alciat. Donell. ad d. l. 4.*) 1. Opponitur quod periculum rei ad dominum spectare debeat *l. 6. & 9. C. de pignor. action.* Deponens autem ante eventum conditionis adhuc est dominus. *2. l. 1. §. 35. ff. depositi (Jas. Zas. Vig. ad d. l. 4.)*

III.

Ad l. 11. §. 1. eod.

Si decem dem, & paciscar ut undecim debeantur, non nascitur ultra decem obligatio.

l. 11. §. 1. h. t. Effectus enim non debet esse major sua caussa, cum potentior sit causa quam causarum arg. l. digna vox C. de ll. Sed interventus rei est causa oriendæ obligationis. Ergo nec in plus contrahi potest, ut Petr. dixerit, citius stellas de cœlo casuras, quàm in plus mutuum contrahi. *Jas. in d. l. 11. §. 1. Zas. ibid.* Quærit Donell. an saltem donationis titulo excedens nummus peti possit, Negat. Addit glossa hanc rationem, quia tempore Digestorum donatio nudo pacto facta non valuit, quod etsi hodie immutatum sit, *l. 24. C. de donatio.* ex alia tamen causa nec dum pro donatione erit, quia omnis pactio in fraudem legis facta nullius momenti esse poterit *l. 5. C. de ll. l. 7. §. ait Prætor. de Pact.* Talis autem hæc foret, ea admissa, quia in fraudem legis usuras ex nudo pacto produceret *l. 31. l. 41. in fin. de usur. l. 1. 3. C. eod.* Ex quo fundamento apparet, neque ut usuram excedentem peti posse; ut post gloss. rectè, adnotavit *Zas. ad d. ll. 11. §. 1.*

IV.

Ad

Ad l.15.eod.

Ratio conciliandi l.15.h.t.cum l.34.ff.mandati quænam sit.

Singulari jure est in mutuo receptum, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, ea conventione in creditam converti posset, *d.l.15.* idque vitandi circuitus gratia; stricta enim mutui natura exigit, ut de meo tuum fiat *l. 2. h. t.* At mihi debitum non protinus meum est, sicut nec pecunia mea emptum meum dici potest, *l.21.de hæred. vel act. vend. l.18. quod metus causa l. 23. h.t.* Quia tamen facili negotio mihi numerare potes, & ego vicissim tibi, utilius visum, ne pluribus distrahantur partes fictione brevis manus à me ad te profectum videri, ut ait *Ulp. d.l.15.h.t. arg. l.53. de condict. indeb.* Opponi solet *l.34.ff. mandati*, quæ sanè si casum circumstantiis variantem non contineret, haud inviti cum Fulgos. & Molinæo contradictionem statueremus. At nunc quia constat casum planè diversum esse, ut & jus diversum summa ratione admittatur necesse est. Quod itaque in specie *d. l.34.* Procurator ad dominum epistolam miserit, argumento infallibili est, eum abfuisse, quæ circumstantia non sufficit sola, ni & secum usuris semissibus debiturum adscripsisset. Hæc vel sola additio vitiat totum actum, cum constet, usuras in strictis iudiciis extra stipulationem non deberi *l.1.3. C. de usuris.* quæ inter absentes contrahi non potest *l.1.de V. O.* (vide variè statuentes Cujacium ad *d l.34. tr.8.ad afric. Fabr.3.conject.19. Pac.3. antino. 64. Donell. Zas. Vigl ad d l.15.h.t.*) Nunc vero nulla ratio in contrarium est, quo minus *Ulp. in d. l.15.* de debitore præsente accipiamus: Imo plane necessarium est, ne alias certam conciliationis rationem ad incertam redigamus.

V.

Ad l. vinum 22.eod.

Tam in stricti juris judiciis, quàm bonæ fidei in æstimatione rei petitæ, à tempore

moræ usque ad tempus condemnationis ratio habebitur.

Nullibi enim mora sua moratori lucrosa esse debet *l. 3. de usuris l. hominem mandati.* Quod ut facilius percipiatur, moram esse injustam solvendi dilationem observandum est (Charonda 3. verosimil. l. 10.) Eamque variis modis contrahi: nempe per diei adjectionem *l. magnam. C. de contrab. stip.* litis contestationem *l. sed etsi lego 25. §. si ante 7. de petit. hered.* interpellationem convenienti tempore & loco factam *l. mora 32 de usuris, vel reipsa l. 3. §. 3. de act. empti.* Quocunque enim horum modorum contracta sit mora ab eo tempore æstimationis habebitur ratio, ut quanti ab eo tempore plurimi res fuerit, in tantum condemnatio accipiatur. Si itaque vinum quod debeas tempore quo te interpellavi, atque ita in mora constitui sit aureorum 15. tempore vero sententiæ si 10. etiam præterea in 5. ratione ejus quod interest, aut si haberi non possit, vel etiam mea habere non interfit, simpliciter in æstimationem quæ est aureorum 5. qua sententia nihil est æquius. Si enim id quod interest (hoc est, quod haberem habiturusve essem, si suo tempore mihi solvisset) mihi debetur, prout dictum: utique præter vinum quod hodie est aureorum 10. & 5. dare debet; hoc enim potuissem habere, si tempore interpellationis mihi vinum reddidisses. Quæ de interpellatione dicta sunt eadem & in die adjecta, lite contestata, & simil dicenda sunt. Ex his nunc plurima quæstioni nostræ contraria resolvuntur. Quod enim dicitur in *l. fin. de condict. trit. & d. l. vinum h. t.* tempus quod dictum, inspici, hoc ideo fit, quia tempus adjectum in mora constituit non aliter atque interpellatio *d. l. magnam.* Idem igitur est ac si dixisset tempus moræ inspici: hoc enim cum tempore adjecto congruit. Sic ibidem quod dicitur, tempus judicii accepti inspici, hoc est litis contestatæ id ideo fit, quia si interpellatio non intervenit, aut dies non est adjecta, ad minimum litis confutatione in mora debitor constituitur. *d. l. 25.* Et quamvis difficile sit, ut sine mora seu interpellatione ad judicem

catur

catur *l. 3. de Usuris*, fieri tamen potest, quia sine denunciatione seu interpellatione hodie actiones proponere possumus §. *appellamus* I. *de action.* Sic quod dicitur in *l. 3. §. 3. de action. emti.* tempus contractus inspici, idem est ac si dixisset tempus moræ, cum eo in loco tempus contractus cum tempore moræ idem sit. In emptione enim statim ubi venditor pecuniam accipit, in mora reipsa constituitur, *l. Julianus §. ex vendito de act. emt. l. cur. abit. C. eod.* Quibus nunc ita constitutis videamus, quæ in contrarium moveri possint. Et quidem 1. tempus contractus inspiciendum esse, dicendum est *ex l. 22. de O. & A.* Verum cum ea in l. *dies* stipulatione adjectus, & quo fidejussor acceptus est, in mora constituat, mirum non est, tempus satisfactionis inspiciendum esse, cum dies moræ, cum die satisacceptionis concurrat. 2. Oppon. *l. fundum 28. de novat.* R. sciendum est ibi Titium stipulatum esse, quanti fundus esset, hoc est æstimationem. Pone jam fundum stipulationis tempore æstimari 10. quæ debebuntur, eorum æstimatio *l. 3. ff. de in lit. jur.* Deinde absurdum esset æstimationis æstimationem constituere, cum accidentis non sit accidens *l. 1. de servit. leg.* Etsi igitur fundi æstimatio postmodum crescat, forte propter annonæ caritatem, tamen æstimatio quæ mihi debetur crescere non potest, nummi enim deberentur non fundus. Accedit quod in *d. l. 28.* Titius fundum stipulatus est, quanti est tempore interpositæ stipulationis, non quanti futurus esset. Ex quibus apparet eam nobis utpote de rerum non pecuniæ æstimatione loquentibus non officere. 3. Eadem erit responsio ad *l. hominem. Mandati.* quod enim vult tempus quo fidejussor solvit Stichum, inspici, hoc ideo fit, quia fidejussor actione mandati agit adversus principalem debitorem ad æstimationem Stichum præstandam, quæ ut certa crescere nequit. 4. Alio modo obstare videtur *l. de cond. trit.* dum dicitur tempus condemnationis aut mortis spectandum esse. Verum R. est, æstimationis duplex tempus considerandum, unum quidem tanquam terminum à quo alterum velut ad quem. Terminus à quo est tempus moræ, de quo hactenus egimus: perpetua enim est illa

supe-

superius recitata æquitatis regula, moram suam nemini lucrosam esse debere *l.37.mandati.* Terminus ad quem est vel tempus sententiæ vel mortis sive interitus rei. Sententiæ quidem quia eo usque officium judicis quod circa æstimationem versatur, attenditur. *l. judex 55. de re judic. l 1. de usuris.* Mortis vero sive interitus rei, quia jam in rerum natura res esse desiit, æstimatio autem re non existente crescere nequit. 5. Denique oppon. *l. 3. §. 2. ff. commodati.* Nihil hic responderi potest, neque hactenus à nostris est responsum. Dici potest olim hac de re inter Procul. & Sabin. concertatum fuisse. 1. Quia Julianus *in d. l. vinum h. t.* fuit Sabinianus *l. 2. de origin. jur.* 2. Quia *d. l. vinum* desumpta est ex libris Minicii in quibus controversissimas scholarum quæstiones tractatas fuisse docet *Ant. August. 1. emendat. 9.* Et apparet ex *l. habitator, l. Minicius de R. Vind.* quibus conjungendus *Cujac. 10. observat. 4. 3.* Movet, quod Julianus simpliciter Sabini autoritate utitur, quod ferè in cujusmodi quæstionibus fieri solet. 4, Quod Cajus in *l fin. de condict. trit.* quæ cum textu *d. l. vinum* concordat, Cassi autoritate nititur, cui Sabinus in sectæ principatu successit *d. l. 2. de O. J.* 5. Quia iisdem verbis Cassius quibus Sabinus utitur, ut verosimile sit, magistralem hujus sectæ differentiam fuisse, in qua & quilibet professor, iisdem planè verbis utitur. Ex his non dubia conjectura capi potest, quia & à Sabin. Cass. & eorum autoritatibus confirmatur, diversum a diversæ scholæ autoribus traditum fuisse, quorum sententiam refert, non comprobat *Ulp. in d. l. 3. §. 7.* Sed dices ab eo probari, quia non expresse reprobat. Dico id verum esse, ubi aliquod contrarium, quod alias evitari non occurrit. (*Aliter Cujac. ad l 59. de V. O. Hotom. quæst. illustr. 16. Donell. ad h. l. Duar. ad t. C. si cert. pet c. 8.*)

VI.

Ad l. 7, de jurejurando.

An ex jurejurando nova actio detur?

Affirm. Donell. c. 8. de jurejur. Quia nulla alia causa superest, quam hæc scilicet, quia juratum est. Ex qua juramentum majorem habet autoritatem quam res judicata *l. 2. h. t.* Exemplo ju-

judicati omninò priorem innovatum esse censendum erit. *Opp. l. 13. ff. 3. h. t. l. 7. §. 7. de publ. in rem act. l. 25. §. 1. de const. pec.* De quibus agit *Donellus d. loco* & post eum *Vult. r. l. jscept. 7.*

VII.

Ad l. 13. §. ult eod.

Quæ sit pœna perjurii?

Harmenop. *lib. 1. epit. tit. 7. de jurej.* ita inquit: Nemo qui per Deum pejeraverit, periclitatur, satis enim Deum ultorem habet jurisjurandi per Deum præstiti contemta religio. Quod si quis per venerationem principis calore quodam pejeraverit, veniam consequitur. Si quis juraverit in re pecuniaria per principis genium, & pejeraverit, fustibus castigatur, dimittitur. Hæc sententia est Harmenop. & CC. Dd. probarunt. Novissimè *Cujac. 2. obs. 19.* Sed de hoc quæritur an qui pejeraverit per Deum, solum Deum habeat ultorem. Sic videtur velle *l. 2. C. de R. C. & jurejur.* Exque ea *Cujac. d. loco.* Verum dicendum est interpretib. CC. placuisse, rescriptum Alexandri *in d. l. 2.* ad eum solum attinere, qui juravit per Deum calore iracundiæ: Qui verò consulto, ei non solum Deum extiturum vindicem juxta *d. l. 2.* Sed etiam principem sive magistratum extra ordinem *l. ult ff de crim. stell.* Quamvis non ignorem, Cujac. ex sententia glossæ non perjurio, sed stellionatui pœnam eam præstitutam esse sentire, sed falsa est ea consideratio, quoniam vera est hæc perjurii pœna, quæ cum certum nomen habet, stellionatus generale nomen assumit, quod & aliis permultis criminibus innominatis convenit Sic quoque nec Donelli ratio placet *c. 9 n. 8. h. t.* putantis, illud procedere, ubi principis majestas pejerando læditur, non etiam cum relligio divini numinis contemnitur. Si enim coërceri ejus perjurium admittamus, qui humanam majestatem lędit, impii sane erimus, nisi potius illud, cum divina læditur majestas permittamus. Fateri hoc quidé videtur Donellus, si ex morib. & instituris Christianorum loquamur, nec enim ex ll. & institutis Ethnicorum. Verum memoria antiquitatis ipsum fallere ea in re videtur. Cõstat enim apud Rom. qui consulto per Deos arasve Deorum pejerabant, Pontificibus, qui per genium Principis, Principi, qui alia ratione censoribus pœnas dedisse. (*Ravard. 2. varior. 3.*) Et ne

ullum superſit dubium, manifeſtè hoc traditum eſt *in l. 2. § ult. C de indict. v. d. soll l. 20. C. de transact. pen. C. de dignitat.* (*Menoch. 2. arb. jud. q. 319. Duar. 2. disp. 37. Robert. 2. ſent. 20.*

VIII.

Ad l. 31. eod.

An cauſa jurejurando deciſa prætextu perjurii retractari poßit. N.

l. 1. C. h. t. Ratio ejus adſignatur *l. 5. §. 2. ff. h. t.* quia dato juramento non quæritur amplius, verum an falſum quis juraverit, neque ullo modo ferendus eſt, ut quis infirmet ea, quæ ipſe facienda procuravit *l. generaliter. §. 1. C. hoc tit.* maximè cum finiendarum litium magnus in toto jure ſit favor *l. 1. de Uſuc. l. 7. de Uſufruct. l fratru C. de transact.* Et ne cui generalitas regulæ difficultatem creet, ſtatuendum erit ex *d. l. 31. h t.* diſcrimen inter juramentum judiciale, volunt. & neceſſ. Priora duo ad Theſin ſpectant, poſterius non item. Priora illa non retractantur, quia volentibus partibus deferuntur. Poſterius quia iis invitis inopia probationum defertur, copia earum ſuperveniente optimo jure retractabitur (*Sichard. ad d. l. 1. n. 3. C. h. t.* Atqui, inquies, ſic admittimus contra naturalem æquitatem dolum ſuum juranti prodeſſe *l. 1. de except. doli.* Perjurio enim dolus ineſt, ſed & perjurium delictum eſt, & quidem ſingulare genus maleficii, maleficia autem impunita eſſe non debent, *l ita vulner. ad l. Aquil.* Utrumque arg. eſt *Donell. c. 9. n 3. h t.* Verum ad primum dicendum, eſſe aut dici poſſe dolum, quo nemo decipitur *l. 1. §. 2. de dolo.* Non autem decipitur qui ſcit aut conſentit: multo minus qui jusjurandum ab adverſario expetit. Ad 2. R. Quod quidem perjurium ſit delictum, ſed non ad reſcindendum id quod geſtum eſt. Ideoque alia quæſtio eſt, an perjurium puniri debeat, de qua ſupra: alia an quod geſtum eſt, ea retractaretur. Denique opponitur *l. 3. ſin. de r c.* C. Verum cum juramentum habeat vim transactionis *l. 2. h. t.* Transactio autem fieri non poſſit ſuper re teſtamentaria, niſi cognitis & inſpectis verbis teſtamenti *l. 6. ff. de transaction.* merito etiam non valebit juramentum, niſi antea teſtamentum fue-

fuerit inspectum. In specie autem *d.l fin.* non fuit testamentum inspectum, quia nullum apparebat, juratum tantum fuerat super re testamentaria, non ergò mirum, si hoc juramentum non valuit, utpote interpositum super re, de qua interponi non debuit.

IX.

Ad l. 34. §. 4 eod.

Parentibus & patronis exceptis, reliqui omnes qui jusjurandum deferunt, de calumnia jurant, si hoc exigatur.

l.16.h.t.l.7.§.3.de obs par.& patr.præst.l.13 §.13.& 14.de infect. l. 8.§.5.qui satisdat cognit. Ratio quia filio & liberto semper debet esse persona patris & patroni honesta *l. liberto. de obser. patr. & patr.præst.* quia filius patrem; libertus patronum venerari debet *l.1.eod.* quia patrono à liberto, patri à filio honos tribuendus est *l.2.& 7.eod.* Nec hæc res dubium haberet ullum, si non varia, *d.l. 34.§.4.h t.* esset lectio sed mirum quod nonnunquam certæ juris rationi Pandect. Flor. lectionem præferimus. Rectè. *Cujac.9.observ.37.* negativam particulam *Neq;* expungendam esse censetur & vulgatæ lectiones pro *Neque* habent *Æquè qua* particula omninò ociosa erit, ni mecum sic legeris, Hoc jusjurandum æquè patrono atque parentibus remittitur.

X.

Ad l.1. de in lit. jurand.

Jusjurandum in litem aliud est affectionis, aliud veritatis.

Ut rectè CC.Dd. visum. Illud est, quo res arbitrio actoris æstimatur. Hoc quanti ea fuit. Displicet *Corr. 6. Miscell. Giph. in tr. de divis. jur. Thes. 169.* quod nullum aliud agnoscunt jusjurandum in litem, quam quo utilitas actoris æstimatur, sive id quod ejus interest, rem restitui, illud alterum rejicientes, affectionis videlicet, quia nusquam leges ejus mentionem faciunt. Malè à

licet enim verba illa sint juri incognita, res tamen plana est, ut cum *in d l.1.h.t.* dicitur, rem æstimari per jus urandum in litem ultra rei precium, hoc vi ipsa dicitur ab affectu jurantis rem pluris esse quàm valeat. Idē colligi potest, ex *l.8. l.4. §. jurare ff. eod. l. qui restituere de R.V.* De iis quæ huic sententiæ obstare videntur, videndi *Duar. ad l.5.h.t.Borch.tr.eod.*

XI.

Ad l.4.§.2.eod.

Jurare in infinitum licere optima ratione respondit Ulpianus.

In d.l.4.§.2. h.t.l.68.de R.V.l.9.C.unde vi. ne videl. suus cuiquam dolus contra naturalem æquitatem prosit *l.1. de dol. except.* quod maximè ex illa ratione dicendum: dum enim vero domino rem restituere detrectet, imponitur ei necessitas vendendi eam, contra *l.invitum C. de cont.emt.l.nec emere 16. C.de jure de lib.* Meritò igitur æstimandi eam & precium statuendi pro arbitrio facultas ei dabitur. Quæ ratio est Marcelli *in l.8. h.t.* Infinitum autem hic accipimus pro eo quod certum aut definitum non est, ut si aliud ab eo quod immensum dicitur *Duar. ad l.5.n.77.h.t.* Sed an hujusmodi æstimatio veræ æstimationis duplum egredi possit, concertatum? Negat Bart. & alii quibus accedit Bolog. in *d.l.5.n.35.h t.per l.un.C.de sentent. quæ pro re quod inter. proferunt. Affirm. Alciat. Corras. Duar.* Quia *d.ll.* in infinitum jurare permittunt quibus adstipulamur. Nec obstat *d.l.un.* loquitur enim de eo quod interest, quod ab eo de quo nunc disseritur, plurimum distat. *Duar. d.loc.*

XII.

Ad l.5. eod.

An omnibus B.F. actionibus jusjurandum in litem locum habeat?

Nego, Est enim tunc locus jurijurando in litem, cum de re restituenda vel exhibenda agitur *t.tit.ff.& C.de in lit. jur.* Hinc assumo. At in omnibus B.F. actionibus restituenda vel exhibenda re non agitur, in actione emti, ut in qua agitur de re tradenda, *l.*

ex

ex emto, de act. emt l. 1. de rer. permut E. nec in reliquis B. F. judiciis in quibus non agitur de restitutione vel exhibitione rei, in litem juratur. Ratio consecutionis hæc reddi potest, quod actor qui jurat in litem, rem suam reo vendere dicitur *l. 7. §. 1. de public. in rem act. l. 3. pro emt. cum simil.* At emtor qui agit ad rem tradendam non potest rem, quam sibi vult tradi reo vendere, quia reus rem suam emeret quod fieri non potest, cum suæ rei emtio non valeat *l. 16. de contrah. emt.* Sic visum fuit Azoni in summa ejus *h. t.* cui adstipulati sunt *Fulgos. & Alberic. de Rosate in h. l. enim* ubi hic refert CC. à Dd. receptum esse in litem non jurari, cum de tradenda re agitur. Et his novissimè assentit *Donell. Coras.* & reliqui recentiores, illorumque sententia de jure verior est. 1. Propter traditam rationem. 2. Quia nuspiam reperitur in actione emti, re non tradita in litem jurari posse, sicut de aliis legitur, ut depositi *l. 1. §. 26.* Depositi: & commodati *l. 3. §. 2.* commodat, ut locati *l. 48. §. 1.* locati, ut tutelæ *l. 48 h. t.* Licet altera illa, quæ in omnibus bonæ fidei judiciis juramentum in litem admittit, sit magis communis.

XIII.

Ad l. 9. eod.

Explicandum est quænam sit actio in specie *d. l. 9.* Putavit Cujac. eam conjungendam esse cum *l. si is qui 73. de furt.* Actionem enim furti genus esse eamq; in condictionem & furti actionem pœnalem subdividi *l. 14. § pen de furt.* Quod ut eleganter ab eo traditum, ita verum non est, de condictione furtiva textum nostrum agere. Idq; primo ob autoritatem Græcorum, qui textum nostrum de actione furti pœnali exaudiunt. 2. Quia nulla obstat ratio, quo minus in condictione furti, ut in rei vindicatione, in infinitum jurari possit juxta *l. 69. de R. V.* non quanti res erat furti tempore, & textus noster vult. 3. Cur furti tempus præcisè inspiciendum sit nulla subest ratio. Quid enim si res preciosior facta sit? Certè hoc lucro furis cedere perquam fuerit iniquum.

XIV.

Ad l. 2. C. eod.

An ob latam culpam in litem juretur? A.

1. Ex *l.2.C. h t.* Contra dolo desinentem possidere juratur *l.68.de R V.l.25.§.1.de pet.hered.* Verum & ille dicitur dolo desinere possidere, qui ex lata culpa desiit *l.2. juncta l.8.§.cum quoq. ff.de precar.* 2. Juratur & contra non restituentem in deposito in litem propter fidem ruptam *l.1.§.26.& l.5.pr.depositi*, quæ non tantum ex dolo, verum etiam ex lata culpa oritur *l.quod Nerva depositi l.1.C eod.* 3. Juratur propter moram *l.5.in fin. hoc tit.* quæ non dolo tantum sed & lata culpa contrahitur *l.si servum 91 in princ. d. V.O.* 4. Probant ll. quibus statuitur lata culpa dolus esse *l.1.§.si quis de O.& A.l.1.§.non tantum ff.si quis testam.lib.l.226.& ibi Fornec.de V.S.* opp.*l.2.§.2.l.4.in fin.l.5.§.3.ff.h.t.* R. textus illi sunt accipiendi de levi culpa: cum enim culpa absolutè ponitur levis significatur *l.contractus de R.J.l.8.§.pen.ubi Accurs.de privil.credit.*

XV.

Ad l.2.§.2.de condict. ob turp.caus.

Si quis pecuniam judici dederit, ut secundum se in bona causa judicet, quæritur an eam repetere possit?

Negat post alios *Donell.14.comm.25.§.videndum.* Movetur *d.l.2.h.t.in verb.Sed hic quoq;*: quæ verba habent um & significationem adversativæ orationis, & tollunt quo præcessit. Jam illud quod de re dicit *d.l.2.§.2.* quale est? Sed hic quoque crimen contrahit, si crimen contrahit, ut ex pœna ei imposita apparet, deliquisse necessario consequitur. *arg.l. Gracchus, C.ad L.Jul.de adult.* si deliquerit nulla poterit esse repetitio, quia tum turpitudo incipit ab ejus parte esse causa *l.4.§.3.eod.* Affirmat et post veteres *Costal.in d.l.2.§.2.Duar.cap.3.h.t.* quos sequor propter Brocardicum nostrorum: Quoties quid de jure civili dubium est, id jure Canonico definiatur, standum esse juri certo. At nunc mihi constat illud satis apertè decidi *in c.non sanè.14.q.5* Et argumentis Donelli nostri respondebis, ipsum quidem crimen contrahere ut litem perdat non etiam ut condicere prohibeatur.

XVI.

Ad l.16. de condict. indeb.

Sub conditione debitum per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur: conditione autem existente, repeti non potest. Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur inquit Pomp. Quod ipsum malè omninò explicant, qui à Pomponio differentiam constitui putant inter diem incertum & conditionem, cum tamen apertè lex dicat existente die aut conditione repetitioni locum non esse (*Fab.4 conject.10.Diss.Cujac.13.obs.20*) Putat nihilominus manifestum illud Cujac. Movetur verbis *quod autem &c.* quæ oratio, inquit, notam differentiæ præ se fert. E. legendum putat *Die non existente, vel Die pendente.* Verum vel ideo ea sententia displicet, quia recepta jam multis seculis lectione recedit. Sic itaque omninò dicendum erit, nullam hoc casu inter conditionem incertam, & diem incertum differentiam esse veluti si debeam & sub ea conditione, si navis ex Asia venerit & sub die incerta, si Titius consul factus fuerit, nam ut priori casu incertum est, ventura sit navis ex Asia nec ne, sic & posteriori æquè incertum est, sit Titius Consul exiturus an non, Unde & dies incertus pro conditione habetur *l. dies 75. de condit. & demonstration.* & conditio appellatur *l. 30. §. 4. de legat.1.* Quam sententiam magis ac magis sequentium duarum ll. conjunctio confirmat. Nam si (*Ulp. in l. 17.*) cum moriar dare promisero & ante solvam, repetere non possum. Ratio est, quia certum, hunc diem exiturum, etsi incertum quando. Sic si sub ea conditione (habet *l.10*) debetur quę omninò extitura est, solutum repeti non potest. Conjunctio inquam harum ll. manifestè convincit, ut hoc in casu nulla inter diem eum, qui certo extiturus est, & conditionem eam quæ omninò extitura est, sit differentia. Ergò nec superiore casu ulla erit.

XVII.

Ad l.19. §. 1. eod.

Ex sententia Budæi pugnat hæc *l. cum l.44. eod.* R. *Accurs. ad d. l.19. §.1.* quē sequitur *Cuj.8.obs.8.Don.14.com.13.* Mihi non improbabiliter dici posse videtur *d.l.19.§.1.* loqui eo in casu, ubi genus

vel

vel quantitas debetur V.G. Titius mihi legavit 100. Quæ Cajus putans se hæredem cum hæres non esset, solvit: hic etsi maxime debitum mihi accipiam, tamen is qui dedit non debuit, recte repetit. At in casu *d.l.44.* verba ea *qui suum recipit* pro certa specie puta, Cajo vel fundo Semproniano; accipio. Hic enim qui suum fundum recipit, licet non ab eo qui vere debet, tantum quia jam habet ab eo repeti non poterit.

DISPUTATIO DUODECIMA,

R. JOHANNE SAMUELE GREYSIO ONOLDINO.

Ad l.5.§ ult. commodat.

THESIS I.

SI duobus res eadem commodata sit, singuli in solidum tenentur.

d.l.5.§.ult.h.t. cum enim in commodato neque dominium, neque possessio transferatur, *l.8.h t.* sed usus tantum rei concedatur, nemo nisi in solidum, uti possit. consequenter & quemque in solidum teneri: neque his adversatur *l. 21. §. fin. h. t.* ubi dicitur, eos pro partibus teneri, nam illud juxta speciem ibi propositam exaudiri debet, ubi sc. communi periculo res utenda data est, hoc est, ita concessa est, ut quilibet partem præstaret (*Gloss. ad d.l.5.§.ult.*) conventio enim dat legem contractui, *l. 23. de R.J*, neque huc adferri potest *l. 3. §. ex contrario ff. de acquir. vel amitt. poss* ubi dicitur contra naturam esse, duos unius rei possessores esse, nam ut ex *d.l.8.* constat, commodatarius possessor non est, & hoc est quod Cels. filius tacitè sibi opponi posse animadvertens, argumentationem illam à possessione ad usum non admittat,

Ad

II.

Ad l.18.§.ult eod.

Commodati actioni compensatio opponi nequit.

l ult. C. commodat. (quam Iacob. *Cujac. 2. ad Paul. 12*, fugitivam esse putat, & potius ad titulum Cod. deposit. referendam esse, ideoq; pro commodato legendum esse commendati, commendatum enim nihil aliud est, quàm depositum *l. 6. Lucius Titius ff. depos.* prius reperit. *9. observat. 37.* ubi posterius se unquam dixisse negat, cujus contrarium evidenter ex allegato Paul. loco constat, sufficit ipsum ad palinodiam redactum esse ex iis, quæ tradit eximius *Ictus Forner. 2. select. 14.* Ergo neque hoc admittendum, quod putat alieno loco eam collocatam esse, (ut ex sequentibus patebit) quod ipsum & certa ratio probat, compensatio enim tantum locũ habet in quantitatibus, quæ inter se mutuam functionem recipiunt, non vero in speciebus *l. si convenerit in pr. de pign. act. l. 26. §. si servum ff. de condict. indeb.* Commodatum autem consistit saltem in specie, neque enim potest id commodari quod usu consumitur *l. 3. §. fine h. t.* Speciei verò incerta æstimatio est, proinde neque compensatio ejus admitti potest, quam ratiocinationem non consequent isti, qui solum depositum excipi à compensationis jure contendunt *l. ult. C. de compens.* quasi neque hoc posterius priore concesso, verum sit, imo compẽsatio omnibus in judiciis bonæfidei locum habet, & quidem usque adeo ut ipso jure minuatur, vel extinguatur actio *§. in bonæfidei Instit. de actionibus.* nunc vero nemo est, qui commodatum iis annumerandum esse negat. *§. actionum Instit. de actionib.* hoc ipsum igitur & nos pro fixo ponimus inter contractus. Depositum solum excipi. Et in commendato compensationem, admitti, quo tamen admisso ne à propositione recedere videamur, res clarius explicanda est. Si tibi commodaverim librum meum valentem 10. egoque postea incipiam tibi debere 10 mihi repetenti librum non recte objicies compensationem, cùm quia natura compensationis obstet, tum quia alias nõ tàm in cõmodato, usus & officium, quã de generis perfidiæ pateret perfu-

gium. A dices, ne sic quidem depositum excipietur? Solum ex Doctoribus, si quæratur ratio exceptionis, reddent illam, qui in eo exuberantior bonafides requiritur: sed nescio an eadem vel propè major sit in cõmodato, cum in deposito nulla est aut esse possit depositarii utilitas in commodato autem commodatarii permagna, quocirca ut sibi hæc conveniant, & communis responsionis ratio aliqualiter consistat, casum superiorem nunc sic constituo. Librum tibi commodavi, is periit, succedit æstimatio, quæritur an compensatio admittenda sit? Et nemo hoc negabit unquam *d.l. 18. §. ult. hoc tit.* idem si mihi non concedatur in deposito, nunc contra omnium interpretum sententiam mihi idem largiendum contendo, cum quia jam succedit æstimatio, cujus compensatio non est prohibita; tum quia æquum est, ne pluribus distrahantur partes, quæ compensationis æquitas & quidem summa est *l. 3. de compensat.* præsertim cum hoc casu nihil quoque deponentis intersit, nisi momentaneam solutionem stolidus quis forsan dicis causa urserit, cum statim restituere necesse habeat illud idem, quod accepit & puto æquos fore omnes huic opinioni, si quod obstare videatur *ex l. ult. C. de compens. amovero.* vult constitutio ut compensatio cesset in deposito, quod & nos volumus, sed quo casu? an cum species vel corpus depositum est, dici hoc nequit, quia sic & commodatum & reliqui contractus excipientur: an cum deposita res interiit? Dd. dicunt, negant superiores rationes, an potius cum saccus vel argentum signatum depositum sit? *juxta Paul. 2. sentent. 12. h. e.* talis res quæ compensationem admittit, ut vinum, frumentum, oleum, similes, quarum rerum etsi in aliis compensatio sit, non tamen in deposito idque ob superiorem Doctorum rationem. Sed redeo ad commodatum, *cui obstat quod res commodata pignoris loco retineri possit l. creditores §. domus l. si is qui rem ff. de furt.* quibus in locis pignoris loco retineri posse, rem commodatam dicitur, sed hoc nihil ad id de quo quærimus, aliud enim pignus, aliud compensatio, illud quandocunque placet, soluto debito repeti potest, hæc ipsa est solutio, atque ideo, nullam repetitionem admitti *l. 2. de compens.*

III.

Ad l. 19. h. t.

An

An qui utendum aliquid accepit damnum injuria datum præstare debeat?

Negat Julianus *in d.l.19.h.t.* qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det? quæ ratio elegans est, nec scio an rectè ab Ulp. accepta sit *in l. sed de damno 41. ff. locat.* ubi ex Marcelli sententia ita demum Julian. sententiam admittit, si non custodire potuerit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dederit. Non scio (inquam) an recte accepta sit. ut enim ratio quæstioni propositæ aptè cohæreat res cogit nos fateri non Juliani hanc mentem esse, quasi nunquam damnum ab alio datum præstare debeat commodatarius, quin contrarium ex certissimis principiis sciebat, commodatarium omnem culpam præstare debere *l.5. §. 2. ff. commod l. contractus de R. J.* sed tum demum non præstaturum, ubi nulla eius cura, aut diligentia id provideri potuerit, hoc est, ubi nulla culpa casum præcessit, quod animadversum nemini miror. Atqui, inquies, sic contra votum & voluntatem Justinian. legum contrarietatem admittimus, *l. 2. § contrarium C. de vet. jur. enucl.* voluit id quidem hac in specie *Hotoman. 4. observat. 12. in fin.* & ex malo intellectu Ulp. id dicendum omninò, nequicquam tamen Justiniano refragante.

IV.

Ad l. si quis. 17. §. 3. de Instit. act.

Non opus est emendatione Fabri. 2. conject. 11. in specie d. l. 17. §. 3. de Institution. action.

Ejus contractus nomine (inquit Paul.) qui ante aditam hæreditatem intercessit, etiam si furiosus hæres extstat, dandum esse actionem etiam Pompon. scripsit, non enim imputandum ei est, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahit. *d. l. 17. §. 3.* Hîc erratum esse puto *(inquit Faber. d c. 11.)* & pro sciens legendum Nesciens, 1. quia nondum potuerunt curatores institorem removere, *l. 11. eod.* 2. quia æquum

non est, ut scienti detur actio, cum ei imputare possit, quod ita contraxerit: utraq; ratio exigui, vel potius nullius momenti est. Constat enim ex institorum contractu, in præponentem, hoc est eum, quo cum cõtractum non est, institoriam actionem dari, ex æquitate summa, quæ dictat ut quorum ex actu commoda sentimus, eorum simul ex contractibus obligemur, *l. 1. ff. de inst. act.* & quidem eousque donec constet, mandatum revocatum non esse, *de quo est textus in l. 11. §. de quo cum seq. h. t.* usque adeo ut si decesserit in eadem voluntate morte ejus, ut cætera mandata, non pro revocato habeatur, sed propter utilitatem promiscui usus in hæredem durare *d. l. 17. §. 2. h t* unde consequens erit, adita nondum hæreditate si contraxerit institor, hereditati jacenti acquiri tàm passive quam active & ab ea in hæredem transfundi, *l. in eo. 33. § de acquir. rer. domin. l. 8. de R. V. l. verum 58. ff. manum. testam. l. 29. de hared. inst.* neque distinguitur sit ne hæres pupillus furiosus, aut similis idque utilitate promiscui usus postulante, *l. 11. l. 17. §. 2. 3. h. t.* quamvis adita hæreditate removeri à tutoribus potest institor, si ejus opera uti nolint *d. l. 12. in pr. h. t.* quod & in quovis alio admittitur *d. l. 17. §. 4. h. t.* neque obstat Fabri ratio, quasi scientia ejus qui cum institor contraxerit ei quicquam nocere debeat, si modo consideraverimus, id ipsum tacite ICtũ removere mandatum morte extinguitur (ita enim potest ratio dubitandi formari) maxime si is sit qui cum mandatario contrahit, *§. recte quoque Inst. de mandat.* Si enim per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur *l. inter causas 26. in pr. ff. mandat.* Atqui nostro casu scit dominum decessisse. Ergo. Resp. Paul. nihil ei imputandum esse, ut sciverit maxime, quoniam cum institore exercente mercem contrahit, in quo cardo est hujus difficultatis, scientiæ enim vel ignorantiæ ejus, qui cum institore contraxit nulla ratio habetur, ut maximè in cæteris mandati generibus, eam haberi non diffiteamur, *d. l. 26. ff. mandat.* ratio diversi juris hæc est, quia si scit dominum mandantem mortuum esse, scientia ejus illi hoc præstat, ut mandatum simul revocatum esse ignorare non debeat, at nostro in casu utilitas promiscui usus scientiæ vel ignorantiæ differentiam excludit.

Ad

V.

Ad l. item si 7. §. final. ad SCtum Macedon.

Si pater famil. factus partem solverit debiti, cessabit in residuo Senatus consultum.

d l. 7. §. final, quod tamen post Bulgarum *negat Francis. Connan. 7. comment. 2. num. 8. motus l. 10. hoc t.* verum evidenter refellitur. *1. argumento ducto ex novel. 1. c. 3. vers. oportet. l. indebitum. C. de condict. indeb. l. ad solutionem. C. de re judicat. 2. per d. l. 7. §. final.* ex quo duplex probatio oritur primo quod ait. Si paterfamil. factus solverit, cessat SCtum, necessum de eo intelligamus, quod solvendum adhuc restat quoniam alias nihil interesset, quod paterfamil. solverit, cum adhuc in potestate constitutus solvens soluti repetitionem non habeat. *l. 9. §. ult. cum l. seq. ad SCtum Maced.* Secundo, quod additur cessare SCtum & solutum repetere non posse, arguit omninò prius ad residuum, posterius ad datum referendum esse. *arg. l. si quando 109. in pr. ibid. Dd. ff. de legat. 1.* neque his officit *d. l. 9. in pr. h. t.* quia de pignore loquitur, cujus aliam à nostro casu causam esse ex Glossæ authoritate dicimus. quia pignus non datur pro debito liberando in solutum creditori, sed pecunia sic.

VI.

Ad l. tamen si 11. eod.

Num filiusfamil. SCto Macedoniano renunciare possit?

l. tamen si 13. ff. ad SCtum Macedon. nec enim renunciatio unius alteri nocere debet. At si dixerimus filio renunciandi potestatem esse, nocebit ea patri, *l. sed etsi, §. non solum D. eod.* Deinde constat, privatorum pactis juri publico denegari non posse; *l. jus publicum D. de pact.* verum SCtum in publicam utilitatem introductum est, ne videlicet, filiifamilias corrumpantur. *l. 1. D. eod* ære que alieno obruti in quodvis flagitium, ac mortis etiam paternæ cogitationem impellantur, quo hæreditate ipsi egentes

creditoribus concedere possent, *§.penult. Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo. Denique S.Cto fraus omnino fieri non debet, *l. 3. § penult. D. d.t.* sed per renunciationem ea committeretur, & S.Ctum eluderetur, *c. cum quid una de R. J. in 6.* Et hæc communis est nostrorum sententia, ut testatur *Covar. in c. quamvis de pact. in 6 p. 2. §. 3. n. 6. vers. ego vero: Pet. Mozz. de cont. tit. de mutuo rubr. quomodo. mutuum deficat. num. 19.* Contrariam tamen sententiam amplexus est *Zas. 2. respons. 18.* Movetur quod filiusfamilias ex omnibus contractibus obligetur, *l. 38. de oblig. & action. l. 57. D. de re judic. l. 58. §. 2. D. pro soc.* Ergo etiam ex mutuo obligabitur, si Macedoniano renunciaverit. R. propositionem regulariter veram esse, ab ea tamen excipi mutuum, adversus cujus actionem se perpetuo tueri potest *l. 44. D. de cond. indeb.* Cur solum mutuum exceptum sit? quærit post *Dd. Gom. ss. de contract. c. 6. nu. 2.* respondit id factum esse propter ejus frequentiam, quam rationem improbat *Abbas in c. quia vero plerique de immunit. Eccles.* sed defendit *Petr. Mozz. d. loco num. 14.* & non obscure innuit *l. 1. ff. h. t. 2.* Opponitur: odia restringenda *c. odia de R. J. in 6.* odiosa autem est hæc exceptio *S.Cti l. 1. h. t.* Restringi ergo debet & per consequens ei renunciari potest, R. ad minorem, odiosum esse respectu fœneratorum non etiam filiorumfamil. & ipsorum patrumfam. quorum interest, vel maxime hanc renunciationem non admittere *d. l. 1.* Sed instat *Zas.* favori pro se introducto quilibet renunciare potest, *l. penult. C. de pact.* ex dictis autem paterS.Ctum in filiorumfam. favorem introductum esse E. R. esse quidem in ipsorum favorem introductum, sed non tantum, verum & ipsorum patrum, quibus hac sua renunciatione præjudicare nequeunt. Denique movetur *Zas.* quod mulier Vellejano renunciare possit cur non igitur & filiusfam. Macedoniano? de qua objectione in sequente thesi videbimus.

VII.

Ad l. 1. ad S.Ctum Vellejan.

Mulier S.Cto Vellejano renunciare nequit.

Communis est conclusio (*inquit Gail. 2. obs. 77.* mulierem posse S.Cto Vellejano renunciare: Contra quam statuo, & quidem pri-

primo constat arctius esse vinculum inter maritum & uxorem, quam extraneos. *l.1.ff. de rit. nup.* sed uxor pro marito ut maxime consentiens non potest intercedere, *in pr. Instit. quibus alien. lic. Auth. si quia mulier. & ad SCtum Vellejan.* E. multò minus intercedit pro extraneo. 2. Muliebris fragilitas, non debet in perniciem earum substantiæ converti *d. pr. Instit. quibus alien. licet.* At per intercessionem hoc fit. E. ni dixeris hanc fragilitatem non esse, sed potius pervicatiam mulierum, dum monitæ nihilominus renunciant, sed nihil dixeris, quoniam ne quidem consentientibus mulieribus permissa erit intercessio, & diserte *in d. pr. Inst.* dicitur, ni & hic regesseris, eo in loco agi de obligatione rerum, non etiam intercessione personali; sed quid quæso anne & illa intercessio, postmodum non solvendo existente eo, pro quo intercessit mulier, ad rerum suarum diminutionem procedet? Ideoque effectu intercessio hæc cum obligatione rerum plane eadem est. 2. Quæcunque pactio vel remissio contra leges est, illa nullius momenti est, *l.7.§. ait prætor. ff. de pact. l. pacta quæ contra; C. eod. l. non dubium C. de legibus.* Renunciatio autem ista mulieris est contra SCtum Vellejanum, proinde jure inutilis. Minor probatur, siquidem omnis intercessio SCto est improbata *l. 14 in fin. D. ad SCtum Vellejan.* At renunciatio hæc intercessio est, & maxime intercessio, intercedere enim est pro alio se obligare. Mulier autem renuncians SCto, hac renunciatione magis se obligat, quare & hæc ipsa renunciatio maxime SCto improbatur, quod nihil aliud est, quam esse contra SCtum *l. contra ff. de Legibus.* quod si cui placet hanc renunciationem recta intercessionem non esse, eoque non verbis SCti contineri. At certe apertè adhibetur in fraudem SCti: Hac enim renunciatione id saltem agitatur, ut mulier magis efficatius obligetur, id quod Senatus noluit. Scimus autem id in fraudem legis dici, quod lex fieri noluit, etsi verbis apertè id non vetuit, *l. contra. l. fraus cum seq. C. de legibus* & quid multis specialis renunciatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit, *l. ult. Auth. matri & aviæ C. quand. mul. tutel. offic. Novell. 118. c. 5.* item si mulier pro eo, pro quo intercessit, judicium accipere parata sit, ea lege, ut in veterem debitorem actio non detur, *l. ult. §. penult. ff. ad SCtū Vellejan.*

jan. item si renuntiatio post elapsum bienium facta sit, *mulier l. 22. ff. eod.* E. in aliis casibus illi non permittitur, alioquin frustra in iis locis id concessum fuisset. Ad quid enim speciali concessione, si jus commune te actum expedire concedat. Contrariam tuetur *Facbin. 2. controvers. 59.* cum plurimis citatis, movetur *d. l. ult. § penult. item l. ult. C. quando mut. tutel. offic.* sed quia iis in legibus renunciatio specialiter permittitur, aliis in casibus denegata (ut diximus) censebitur: alterum ejus argumentum est *ex l. penult. C. de part.* unicuique licere his, quæ pro se introducta sunt renũciare: sed nihil proficit, licebit enim ita demum renunciare, si non renunciatio ipsa contra leges & S&ta fit, *d. l. § ait prætor ff. de pact. l. pacta quæ contra C. eod.*

IIX.

Ad l. 4. ff. de compensat.

An compensatio ipso jure fiat?

Sicut solutione tollitur obligatio, *§. 1. instit. quib. mod. toll. oblig* ita etiam ipso jure tollitur compensatio *l. 4. l. ult. C. de compensat §. in bonæfidei Inst. de action. l. verum l. 10. l. posteaquam 21. ff. de compens.* quia species quædam solutionis est compensatio, *l. 4. ff. quis potior. in pign. l. 10 de liberal. caus. Duar. c. 2. de compens. sol. (mihi) 995.* opp. opponenda est compensatio in judic. *d. §. in bonæfidei Instit. de action. l. 4. C. de compens.* & per consequens ipso jure non fit, sunt enim hæc, ipso jure actionem minui, & per exceptionem, non diversa sed etiam hujusmodi, ut tanquam contraria inter se opponuntur. *l. qui servum §. 1. ff. de oblig. & action. l. 4. ff. de servit.* Resp. non teneri reum ita compensationem allegare, ut sit exceptio judicii constituti, non inquam, tenetur reus à principio actionis institutæ, exceptionem objicere & ea actionem vel intentionem actoris removere, vel minuere id, quod proprie exceptionem opponere significat, *l. 2. ff. de except.* nihilominus si vult suum debitum cum actoris debito compensare, necesse est, ut compensationis exceptionem ante rem judicatam adhuc proponat, quomodo enim alias judex compensationis rationem habere poterit, de qua illi nihil constat? Verum postquam est opposita, tum statim ipso jure tollit debitum, nõ ex quo reus

[illegible] iudex [illegible] quo tempore in vicem [illegible] aliquid deberia [illegible] ipso iure [illegible] loquor [illegible] verum in compensatione lo[illegible] Compensatione in [illegible] & [illegible] & [illegible] in [illegible] ipso iure compen[illegible] constare debet, [illegible] de compens. [illegible] compensatio [illegible] repugnat [illegible] dictum quod in petitione hereditatis compensatio [illegible] ipso iure [illegible] oppositu doli exceptione, [illegible] dimicat [illegible] quod compensatio [illegible] bonae fidei iudicia & stricti [illegible] iudicio [illegible] ipso iure fieb[illegible] stricti [illegible] Marcus [illegible] doli exceptione opposita [illegible] Instit. de action. [illegible] hereditatis [illegible] ad iustum tempus [illegible] quibusdam [illegible] iudicia [illegible] Instit. de action. Et [illegible] doli exceptio [illegible] contra sententiam [illegible] autem antiquo Digestorum compositores illa nobis reliquerunt. 4. Si compensatio ipso iure [illegible] superuacanea est [illegible] non [illegible] ut [illegible] iudicatum [illegible] compensationem [illegible] hoc est ipso iure fieri compensationem, & [illegible] doli mali exceptione. [illegible] hoc loco [illegible] dicitur, quod oppo[illegible] doli [illegible] compensationem fieri ipso iure ratione [illegible] doli, [illegible] quam [illegible] ipso iure [illegible] compensationem [illegible] doli mali exceptio [illegible] doli mali exceptio, sed [illegible] bona fide [illegible] de leg. [illegible] rim. Hodie doli mali exceptio [illegible]

dicits ex causa compensationis [illegible] [illegible] [illegible] lis causis, *Cujac. 15. observation.* [illegible]

IX

Ad l. 17. §. 1. deposi.

An rei depositæ possessio in [illegible] transeat? Neg.

1. Quia [illegible] *6. ff. depos.* Annullum depositum [illegible] est enim [illegible] custodiendum [illegible] [illegible] *poss. l. 3. in princ.* [illegible] transferatur [illegible] [illegible] [illegible] *princ. l. 6.* [illegible] commodum [illegible] *definient.* [illegible] aliquid [illegible] [illegible] *ff. de acquir. vel amitt. poss.* [illegible] Ergo [illegible] non [illegible] possessio, [illegible] quo [illegible] facile [illegible] [illegible] in casu [illegible], cum [illegible] [illegible] [illegible] quibus [illegible] res [illegible] probat [illegible] possidenti [illegible] ne possessionem usucapio [illegible] dicti possessionis [illegible] [illegible] *Cujac.* [illegible]

Ad L. Lucius 24. eod.

In specie d. l. Lucius. 24. Depositum non mutuum esse contra Bellonam, & mi- ram Hotomanni [illegible]

Lucius Titius Sempronio salutem, [illegible] [illegible] quae hac die [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] Quid [illegible]

tione contrahentium abhorret, sic & [illegible] Papin[illegible] nam vel maximè, si c[illegible], mutuum [illegible] (inquit Pap.) usurarum rationem haberi, [illegible] nudo pacto sit exactio *l. 24. de præscript.* [illegible] *sur.* Et tamen constat, si ab initio [illegible] standis, legem contractus servari, [illegible] næ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, [illegible] ficium judicis, quantum stipulatio. Est [illegible] depositum, licet ad mutui naturam [illegible] his obstat *d. l. in nave 31. ff. locat.* quam [illegible] tem [illegible] *Hotom.* cum tantundem [illegible] creditum [illegible], nam ut *Cujac. 3 observation* [illegible] posito agitur, ut non eadem res sed [illegible] nus est mutui, sed quia deponendi an[illegible] esse censetur.

XI.

Ad l. Publia in pr. 26. eod.

Errant qui in specie d. l. Publiam filio depositum restitui tanquam matris [illegible] volunt.

Publia Mœvia ad maritum [illegible] & instrumentis apud Caiam S[illegible] deposuit, [illegible] *Cum salva sana [illegible] venero, [illegible].* C[illegible] *filio meo,* [illegible] est [illegible] M[illegible] Quæro Paul[illegible] debeant. Filione an marito [illegible], Resp. Paul. [illegible] communiter filio [illegible] res deposita [illegible] [illegible]. Quicquid [illegible] Constat enim & [illegible] verba illa [illegible] ALIO EX MARITO, [illegible], ex [illegible] P. Mæviam, liberos habuisse, alias [illegible] [illegible]. Quamdo hoc [illegible] [illegible] debat, non [illegible] oportere res deposita [illegible] communiter cum liberorum ex [illegible]

[illegible]

[illegible] *l. quod Nerva* [illegible] si vos Idcirco [illegible] [illegible] deponentes [illegible] depo-
situm non ut heredi, sed ut fideicommissario [illegible] esse, [illegible]
[illegible] potest [illegible]
[illegible]
[illegible] debitore, [illegible] depositum [illegible] potest.
[illegible]

XII.

Ad L. quod Nerva 32. eod.

Non opus est ut quicquam in contextu d. l. quod Nerva 23. immutetur.

Quod [illegible] materiæ propositæ ratio exi-
git, ut de culpa [illegible] aliquid præmittam. [illegible]
in d. l. quod Nerva quinque culparum species constituunt [illegible]
[illegible] levem & levissimam, [illegible] cum
[illegible] diversas species non [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] consideratione
[illegible]
quid in contractu [illegible] vel dolo vel culpa [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] vel negligentiam quod non oportet, vel [illegible]
[illegible] culpa [illegible]
[illegible]
[illegible] levissima. [illegible]
[illegible] *commodat.* [illegible] In deposito dolus [illegible]
[illegible] & veteres [illegible]
[illegible]
inter Nervam & Proculum [illegible]
[illegible] Nerva [illegible] dolum esse, [illegible]
[illegible] scilicet [illegible] & idem de lata
culpa [illegible] quod Proculo [illegible]

videtur, & recte vix enim [illegible] nonnullad intelligat, quod omnes homines [illegible] *213. ff. de Verbor. S.* & utrinque falso [illegible] appareat, nonnunquam fraudem [illegible] ad [illegible] compoit *Cels.* Nam & is qui [illegible] ad eum modum quem hominum natura desiderat [illegible] in eoque solo fraude carere possit [illegible] (*subdit, Cels.*) ad suum modum curam in deposito praestat [illegible] de non caret, [illegible] negligentius [illegible] custodiendo negligentius fuerit, quam [illegible] consuevit, non potest dici fraude carere. [illegible] socordiae naturali adscribi potest, [illegible] quam suis rebus diligentia [illegible] ejus legis sententia.

XXII.

Ad l. [illegible] ff. mandat.

An sit mandati actio in hac [illegible] Mandavi ut fundum mihi emeres [illegible] sti 120. an 100. mandati actionem [illegible] as?

Hac de specie Sabiniani & [illegible] ut constat ex *l. 3. & 4. ff. mandat.* illi [illegible] [illegible] nonnulla [illegible] vero [illegible] mecum *d. l. 3.* [illegible]

[illegible]

XIV.

Ad L. Fidejussor 59. ff. mand.

Fidejussorem, qui rem pignoris jure obligatam, à creditore emit, mandati judicio conventum oblato omni debito restituere cum fructibus agendum. Paulus respondet.

[illegible]

cum tamen constet & tutelæ actionem famosam esse [illegible] *in fam.* Putarem sic dici posse in specie [illegible] C [illegible] forem ad tempus fidejussisse, eoque elapso pignora [illegible] responsio ut facilis, ita quæstioni [illegible] enim fidejussor se jam pignora non ut fidejussor, sed ut [illegible] vis extraneus emisse, ut sic nullimodè [illegible] urgeri posset. Replicabat actor, [illegible] fidejussionis ut maximè [illegible] ex re debitoris nullum lucrum capiat *l.* [illegible] *l. 4.* [illegible] *gnor.* huic quæstioni respondentes [illegible] mandat judicium superesse, verum [illegible] ponderat dum in hoc casu [illegible] videlicet eo refragante fidei [illegible] Cesset & ex his supervacua *Aut* [illegible] se mutari non fuisse animadversum [illegible] iis verbis, Quos bona fide [illegible] deiit. Verum quia admitti vix [illegible] species evincit, hoc enim prætextu pignora [illegible] bat fidejussor, quia elapso tempore [illegible] posse putabat, se negotium debitoris gessisse [illegible] ad fidejussionem [illegible] Processerit [illegible] ditio, quæ tamen [illegible] debitur non [illegible] *i. Astrac. pignor.* falluntur & communiter Dd. [illegible] fidejussorem fructuum [illegible] bitum fuerit quia etsi lex negat [illegible] emptoris *d. a lege 59. §. primo h. t.* [illegible] cedere in jus creditoris. Ergo ut creditor [illegible] rarii debiti percipiet, [illegible] sio in locum creditoris [illegible] [illegible] sed [illegible] & simpliciter. [illegible] C [illegible] ad injuriam debitoris [illegible] hic [illegible] fidejussoris & creditoris [illegible] [illegible] amico pro fidejussione [illegible] [illegible] omittemus.

XV.

Ad l. cum societas 69. eod.

A quo tempore jure civili operam dare cœpi (*inquit Cujac. 4. observ. 17.*) nulla me lex diutius torsit, quam *l. cum societas prof.* nec plane etiam nunc ausim dicere eam hanc legem intelligi. Ego vero etsi tantum mihi (*inquit Fab. 5. conject. 4.*) non tribuo, ut facilia esse putem, quæ ille difficilia arbitratur, illud tamen ausim dicere, posse quid excogitare, quod & probabilius sit, & ad mentem Ulp. accommodatius. Ergo neq; nobis ignoscendi erit, si paucis ex captu nostro eam explicaverimus. Casus hic videtur esse. Tres societatem ad emendum sub hac conditione coierunt, ut unus sumptus præstaret, reliqui duo operam conferrent, *juxta l. 5. § 1. ff. h. tit.* sumptus dico, non solum epularum verum etiam rerum emendarum, atque hoc pacto interposito, eos ad negotium dimisit, hoc est, ad nundinas ablegavit, qui quidem ex suscepta fide negotiantur, at tertius ille nundinarias epulas non solvit, neque præstat, non dubium est, quin illi contra tertium ex lege societati dicta actionem pro repetendo sumptu, quem ipsi in epulas expenderint, habeant. Quæ nulla alia est quam pro socio (*Dissent. Fab.*) aut esse poterit, cum enim hi socii nihil tertio vendiderint, manet nec actionem ex vendito competere posse, verum cum venditores, à quibus duo illi socii emerint, tertii illius fidem secuti sint, ut cujus intuitu tanto libentius (finge fuisse hominem divitem, cæteros egenos) contraxerint, [illegible] emendis rebus necessariis, omnino æquum erit iis contra illum ex vendito actionem, non quidem epularum sed coemptarum rerum nomine, concedere *arg. l. 2. C. pro soc. l. Julian. 13. § si procur. 25. de act. empt.*

DISPUTATIO DECIMA TERTIA.

RESPONDENTE

JOHANNE WOLFIO GEROLTZHOFIO FR.

THESIS I.

Ad l. 9. §. 2. ff. de contrah. Empt.

SI in ipso corpore non erratur, sed in substantia an Emptio & Venditio sit?

Rem juris non usque adeò expediti fuisse, dissidium Mar-*celli & Ulpiani in d. l. 9. §. 2. de contrah. empt.* indicat. Ille Emptionem in hac specie esse putabat, si æs pro auro vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile vendatur, contra quam *Ulpianus* statuit, hanc subjiciens generalem regulam, quoties in materiâ erratur nullam esse emptionem. Negari [illegible] potest, aliud æs quàm aurum, plumbum quàm argentum [illegible], ratio ejus regulæ ex eo dependet, quod in emptione [illegible] est, eam sine consensu non consistere *l. 9. hoc tit. l. 2 C.* [illegible] *Inst. eod.* Unde & bona ratione [illegible] *Ulpian. in l. 14.* [illegible], si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valere venditionem quia non utique [illegible] totum dissensus circa materiam [illegible]. Qua ratione facilè compono. *l. cum ab eo. 41. §. final. ff. eod.* quæ vult, nullam esse Emptionem, si quis mensam argento coopertam, mihi ignoranti pro solida vendiderit [illegible], quoniam ideò mensa argentum [illegible] habet, si est argento cooperta, ut nec sit pars ejus operimentum hoc mensæ seu lamina illa, quæ mensam operit, dici possit. Minus eleganter habet [illegible]nem. *l. 4. ff. eod.* ubi liberi hominis & loci sacri venditio [illegible]

[illegible] : Non enim [illegible] ad rem ipsam consequendam sed exempto ex [illegible] quod interfuit ejus, ne deciperetur. *l. 62. §. 1. eod.* Quod & in quavis alia re vendita obtinebit, si deceptus nolit ab emptione recedere, *l. Labeo 43. eod l. si sterilis § quâvis de Act. Empt.* sed [illegible] etiãnũ in difficili est casus, Cur aliud receptum [illegible] stipulationibus *l. si id 22. ff. de Verb Obligation. Ibidem Ferret. Duaren Zas. Cujac. Donell.* Quod de pignore adfertur *ex l. 1. de pign Action.* longè diversam causam habet, quia & interesse creditoris [illegible] versatur, & aliis pœnis constringitur.

II.

Ad l. 25. §. 1. eod.

Qui vendidit, necesse non habet, fundum Emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spospondit.

d. l. 25. §. 1. hoc tit. Duobus olim modis solebat rem venditam venditor Emptoris facere, Mancipatione & in Jure cessione. Si res emptoris facta non esset, h. e. nec data Mancipio, nec in Jure cessa, nec usucapta, in bonis quidem Jure gentium Emptoris erat, Jure verò Quiritium manebat venditoris, quam antiquitatem sustulit Justinian. & nuda traditione rem venditam [illegible] emptoris [illegible] fieri voluit, [illegible] aut in jure cessionis metu. Ex quo concludit *Fab. r. a. 4 var. 19.* superiori loco à *Triboniano* additã negationẽ esse, quia *Ulp.* seculo in usu mancipatio & in jure cessio fuit, atq; *Triboniano* id quidẽ largitur, cæterum ejus negligentiam in alio culpat, quod negationẽ illam non geminaverit, & posteriori membro adscripserit, *Ut nec cogitur.* Non n. magis stipulanti promissus, quam venditus fundus, mancipatione aut in jure cessione, sublatâ, rerum mancipi & nõ mancipi antiqua differentia fieri emptoris debuit. Cujus sententiã impugnat *Robert. 1. recept lect. 33.* Quia eo posito mónitæ leges corrigendæ essent, quæ volunt sola traditione, si védi or Dominus fuerit, nullâ aliâ requisita solennitate dominiũ transferri, *l. 1. vers. si venditori de rer.*

 per-

permut. l. Si à Titio. l ejus cum seq. l. quadam de R. V. l. quod vend. [illegible] *l. seq si fistulas. §. 1 de contrah. Empt. l. tenetur. §. 1. & l. fit* [illegible] *cum l. Julianus § Idem Celsus. l. si duorum* [illegible] *de* [illegible] *Empt.* II. [illegible] ditor saltem tradere cogitur [illegible] *princ. l.* [illegible] *juncta l. ex* [illegible] *§. ulti l. Emptorem §. Qui autem ff de* [illegible] *pt.* III. Quia [illegible] tempora Justinian. fere sublata [illegible] rerum mancipi & nec mancipi distinctio, de qua fide [illegible] *Rer. divi.* Ex quibus & posteriori negatione [illegible] tur, quia & *Ulp.* seculo aliter fieri potuit abalienatio [illegible] Cessionem aut Mancipationem. Deinde & aperta est differentia inter stipulationem dandi a stipulatione rem tradi, *l.* [illegible] *tem. 75 §. ult l. 3. rem tradi ff V. O § Sic itaq; Inst de Acti.* [illegible] alia sese hîc offert inspectio, Qua enim ratione tue[illegible] qui fundum Emptoris fieri non necesse statuit, cum tamen pretium omninò dandum sit ab Emptore *l. 19. h. t.* ut si contra [illegible] ram dispositionis in correlativis consuetam statutum [illegible] gamus. Recte, Non tamen sine ratione, quam [illegible] Communiter eam reddunt, quia Emptor generis de[illegible] venditor verò speciei. Notum autem est, ipsum pro[illegible] plicem electionem hoc arctius constringi: Dicerent aliquid, si non & in stipulatione promissæ rei certæ ad ejus dationem teneretur, *d. l. ubi autem §. final. ff. V. O.* Verior itaque [illegible] Idcirco necessum habere Emptorem pretium dare [illegible] nullus alias est ejus usus, quod ipsum eleganter [illegible] tius introspectus, *§. constituitur. Institut. de* [illegible] *l. 2. l. 5.* [illegible] *ter* Atrei venditæ etiam usus est, licet accipientis non fiat, [illegible] circo traditio sufficit, cum commodari, locari possit.

III.

Ad l. 35. princ. eod.

Arrharum jactura emptionem perfectam non annihilat.

l. 2. Quando licet ab Empt. recedere. Quod recti[illegible] *imparat. de contrah. emp. num 9.* contra D. communiter placuit [illegible] hoc argumento firmatur. Emptio nuda consensu absq; [illegible]

rum datione perfecta non annihilatur pœnitentia contrahentium, nisi simul id, quod interest, præstetur, *l.1.de Act. Empt l.si traditio.C.eod.sicut C.de O.& A.* Ergò multò minus annihilatur, si arrharum datio intervenerit, quoniam ut magis corroboretur contractus, illa intercedit. Ergò quod ad ejus corroborationem additum, in ejus infirmationem non debet vergere. Nec quicquam faciunt, *l. contractus C.de fid. instr. §.1. Institution. de Empt.* quoniam de contractu imperfecto loquuntur, ut pluribus *Wesenb.d.loc.* monet.

IV.

Ad l.38. eod.

Emptio uno nummo celebrari nequit.

Imaginaria enim venditio pro non facta est, *l.55.h t.l.16. de R.J.* Ergò nec quæ uno fit, si quidem imaginaria venditio & ea quæ uno nummo fit, idem significant (*Contius lib.1.disp.16.*) Deinde nulla Emptio est nulla venditio, in qua unum ex tribus hisce deficit, Res, Pretium, & utrumque concilians Consensus *pri.Inst. de Empt l.62.pr.h.t.* At nummus unus pretium non est: Pretium enim id appellari author *Varro* est, quod æstimationis emptionisque causa constituitur, à solis peritis dictum ac definitum. Inde nummus pretio opponitur in *l.10.in fin.ff.de acquir.possess.46.ff.Loc.* quę omnia obtinent, cum res aliqua momenti valorisque maximi venditur, non etiam cum ex uno nummo venditionis pretium constituitur, qualis apud *Plautum in Aulular.* operarum locatio est, quas nummo conductori addixerat coquus.

Nummo sum conductus, plus jam medico mercede opus est.

Præcedentibus opponi solet, *l usufr. 66. de jure dot* ubi dicitur, usumfructum uno nummo mulier locari vel vendi posse à marito. Resp. *Duar ad d.l.10.* imaginarios hos actus tum admitti, cùm id utilitas exigit, ad quam omnia referenda sunt, quæcunque jure & legibus continentur. Utilitas autem summa in ea l. versatur, nec Domino proprietatis, nec mulieri cedi potuit. Domi-

 no id-

no idcircò, quia marito usumfructum in dot[illegible] ideo & jus doti tributum, ut videl. soluto matrimonio [illegible] illa restituatur, intervertere non potuit: non [illegible] proprietaria non erat, atque hinc petere non poterat [illegible] usufr. quippe qui simul ac finitus est, non nisi ad d[illegible] proprietatis redit. *§. ult. de usufr.* Ne itaque regulæ sib[i] invicem [illegible] casu obstent, necessitate ad hanc imaginariam ven[ditionem] [illegible] cursum est, interventus siquidem nummi facit, ut mari[illegible] commoditatem fructuum percipiendorum, q[illegible] fructum, transtulisse videatur, & sic ususfructus non [illegible] tatur, ac si apud eum post divortium maritus retineret, [illegible] *usufructuarius. ff. de usufr.*

V.

Ad princip. l. 2. de hæred. vel act. vend.

Jus accrescendi in Emptorem hæreditatis transit.

Hæreditas est jus universum, *l. hæreditas ff. de R. J.* [illegible] hæreditate vendita semper illud jus venditum intell[igitur], quod penes hæredem futurum esset, si ea vendita non fuisset [illegible] amplius neq; minùs juris emptor habeat, quam apud venditorem eundemq; hæredem futurum est, *l. 2. princ ff de hæred. [vel act.] vend.* Deinde pars hæreditatis non personæ, sed p[ortioni] [illegible] alluvionis accrescit, *l. si Titio. 33. §. de usufr.* Ergò & Emptori [illegible] portionem habet, accrescet, *l si totam 8 [illegible] ff. de acquir. hæred.* [illegible] primo illud, quod dici solet, qui semel hæres est, non [illegible] hæres, *l. 2 C de pact. l. 8. §. Sed quod ff de Minor.* R. Nud[um] [illegible] sine effectu ullius commodi, quod inde percipere po[illegible] nes illum remanere. II. Oppono Qui hæreditatem [illegible] huc possidere intelligitur, *l. 4. in § ult ff. si qui om[illegible]* [illegible] deri posse, ut lex habet, quòd secundum [illegible] intelligendum est. III. Obstat Quod cui nihil [illegible] tor, ei etiam nihil dandum sit, quod in proposito apparere [illegible] lunt R. Testator ei dari voluit jus accrescendi, qui [illegible] suam habiturus est, quam nunc Emptor habet. Venditor [illegible] se eo jure indignum fecit: qui, quantum in se est, [illegible]

ejus repudiavit, *l. 4. l. Ita 27. §. qui suspectam. ff. ad SC. Trebell.* & pecuniam à testatore honori delato prætulit. IV. Obstat. Quod creditoribus defuncti & legatariis venditor teneatur, *l. 2. C. de hered. vend. l. 2. C. de leg.* R. Est in prima objectione cujus hic est effectus: V. Oppono, Quod jus accrescendi in contractibus non obtineat *arg. l. 110. de V. O.* In nostro casu Emtorem non ex contractu, sed ultima defuncti voluntate habere, ut tertia responsio cum sua objectione indicat. Finaliter à nonnullis & illud objicitur, Quod pretium succedat loco rei, & non minus habere intelligitur, qui pretium quàm qui rem habet, *l. 22. ff. de hered pet.* R. Desumi potest ex traditis à *Gœdd. in l. 98. n. 10.* V. S. Authores utriusque sententiæ vide apud *Fachin. lib. contra. 110.*

VI.

Ad l. 7. & 8. De pericul. & com. rei vend.

Periculum rei venditæ ante traditionem pertinet ad Emptorem.

1. Quia Emptoris est commodum: Nam si per alluvionem quid fundo accesserit ad eum pertinet. Ergò, & si idem flumine occupatus fuerit periculum ejus erit, argumentum est *Paul. in d. l. 7. h. t.* II. Mora sua cuique nocere debet, non alii, *l. 137. §. fin. l. 155. ff. de R. J.* Sed Emptor in mora petendi est, quoniam petere potest, quandocunq; ei libuerit; *arg. l. 15. ff de R. J. l. 143. V. S.* Ergò sibi imputet, cur non petierit, cur, quod suum est, à venditore non avocaverit. Deniq; debitor speciei rei interitu, qui ante moram sine ejus culpâ contigerit, liberatur, *l. si ex legati 23. V. O.* Itaq; cum res vendita casu fortuito interierit, liberatus est ab ejus præstatione venditor, tanquam certæ mercis sive speciei debitor, & res perit periculo emptoris tanquam creditoris. Oppono, *l. si fundus. 23. de Locat.* R. Id in fundo publicato speciale esse, quòd colligo ex *l. Lucius. 11. ff. de evict.* In qua eadē publicationis quæstio tractatur & distinguitur inter traditum fundum & nondū traditum: illo casu spectat ad emptorem, hoc casu ad venditorem, publicationi ut hoc speciale tribuam, movet me vetus publicandi ratio, & in ea Principū liberalitas: Nec enim publicationē cum *Accurs.* intelligo, quæ ex delicto venditoris contingit, hunc quam-

quamvis *Jul. Patius sequatur 5. ἐναντ'.* 8. Sed de ea publicatione, quæ devictis hostibus contingit, qualis fuit in specie, *4.* ... *11.* quod nec eo loci satis assecutus *Accurs.* putat ex ... ptoris ea in specie publicatum fundum esse. Hostibus ... victis, belli Duces partim prædia distrahebant, partim ... assignabant, quin & partim veteri possessori honoris causa relinquebant, ut ait *l. item si 26. §. Item si forte ff. de rei vind.* quod ... plicat *Siculus Flaccus lib. de condit. arger.* Nec tamen omnibus (inquit) personis ablati sunt agri. Nam quorundam dignitas aut gratia aut amicitia victorem Ducem movit, ut eis concederet agros (quod retulit *Cujac. lib. 1. observat. 9. Soarez. 1. observ. 2.* ... *a d l. 2. p. 1 Rubr. 2 n. 15. Ibid. Soarez. C. de Resc. vend.* Et ... *libertus lib. 1. de limit constitut.* Hi agri (inquit) qui redditi sunt, non obligantur vectigalibus, quoniam scil. prioribus Dominis redditi sunt. (*Revard. 1. var. 5. num. 1.*) Sic & vero simile ... *Si fundus 33.* erit datum aliquid veteri possessori, eidemque venditori honoris causa, ut planè, nisi iniqui esse velimus, ad emptorem publicati fundi periculum pertinere dicendum ... Cum aliàs jura lucrum captanti minus quàm damnum ... favere soleant. Lucrum captat in specie proposita venditor cùm partem fundi retinuit si ei pretii retentionem vel ... nem insuper concedamus Et sic mihi placuit, aliis ... II Oppono. Res perit suo domino, *l. 9. C de Pig. action* Sed venditor ante traditionem adhuc dominus est, *l. traditionibus. C* ... Majoris infirmitas ex eo patet, quod etiam creditori ... debitorem eundemque dominum existens, pereat, *l.* ... *23. ff. O.* & in casu nostro ut emptori pereat, etiam ratione dominii, magna ratio suadet, cùm & illud fictione juris in illum translatum sit III. Oppono, *l. Lectos cum l seqq ff de peric. & comm. rei vend.* R. in iis casibus culpa venditoris intercessit, qui lectos cum impedimento usus publicis in via posuit.

VII.

Ad l. 11. de pericul. & commod. rei vend.

Putavit *D. Hottoman. 5. observat. 14.* negationem ... abundare, cum enim consultus Alfenus ita respondeat, ...

dita Iesula combusta esset, cùm incendium sine culpa fieri non possit. Alteri respondendum esse contendit vir eruditissimus. Sic videl. *cùm incendium sine culpa fieri possit.* Orationem negativam in affirmativam conversa, rationem suæ correctioni [illegible] Quia cùm *Alfenus* subjicit, etiam sine culpa patrisfamilias incendium fieri posse, illud certè catholicum non erit, quod præmittitur, incendium sine culpâ fieri non posse, ut hic [illegible] necessum sit, vel negationem tollere, aut *Alfenum* sibi contraria scripsisse concedere, quorum hoc absurdum, illud dicendum omnino erit. Verum non tanti momenti hæc *Hotoman.* consideratio, ut à scriptura recepta recedendum sit. Quis enim non videt, *Alfenum* de jure fuisse consultum ab eo, qui in quæstione sua hoc se moveri ostendebat, quòd incendia sine culpâ inhabitantium non fiant, id, quod frequenter accidit, respiciens, *l.3.§ cognoscit ibi: plerumq; de off. præf. vigil.* cui, dum *Alfenus* respondet, dicit, eam propositionem non esse ita universalem quin interdum fallat, & locum non habeat, quid enim si fulgure ædes incensæ sunt? quid tum si non in meis, sed vicinis ædibus incendium exortum sit? quid denique si dominus quidem omnia egerit, quæ hominem sobrium & diligentem præstare decet, servi autem negligentia incendium factum, quæ fortuita incendia à *Paul.* dicuntur *in l. 3. ne quid in loc. sacr.* His certè & similibus casibus incendium culpâ factum esse, nemo dixerit. Ideoque ab actione quâ incendium culpa ejus factum proponitur, meritò absolvitur, etiamsi [illegible], incendia sine culpâ inhabitantium (plerumque) non fieri.

VIII.

Ad l.1. princ. de action. empt. vend.

Præcisè rem venditam tradere tenetur venditor, si ejus facultatem habeat.

1. Quia si liberatur venditor præstatione ejus quod interest, (ut volunt *Vaud. 1. var. quæst. 9. Fachin. controv. lib. 2. c. 30. Gædd. de contrah. stipul. c. 9. concl. 4. nu. 65.*) sequitur eum sine ulla pœna alteri vendere posse, quod enim lege permittente fit, nullam meretur pœnam *arg. l. Gracchus, C. de Adult.* Verùm sine

falsi crimine denuò vendi non posse docet, *l. qui duobus. 21. ad L. Corn. de Fals.* & stellionatum incurrere qui rē alii obligatam ... simulata obligatione, alii distraxerit, vult *l. 3. ibi maxime ... de Crimin. Stellion.* Deinde non debet esse melior ejus conditio ... si ex cōtractu stricti juris teneretur, ex quo tenetur reo ... sam præstare, *l. ubi autem. 75. §. ult. de Verb. obligat.* Nunquam ... prȩstatur id, quod interest, nisi cùm faciendi obligatio est *l. si ... ab alio. 13. §. fin. ff. de re jud. l. quoties. 81. de Verbor. Oblig.* Non alia ratione quàm quod contractus stricti juris præstationem illam ... quod interest, quæ ex bona fide proficiscitur, recipere non possit. Cur ergo venditori concedamus, ut mala fide re ... quam præstare debet & potest, præstet verò quicquid ... ris intererit, cùm ad id, quod interest, non aliter sit obligatus, quàm si ex bona fide esse videatur? Sanè ex bona fide est ... venditore rem tradere nolente, cùm possit, emptori liceat ... quicquid sua interest, rem traditam non esse, *d. l. 1. 3. boc ...* Anne cavillamur? *l. ex empto. 11. ff. de Action. Empt.* ... venditorem oportere tradere; quid verbum oportere ... Grammatici te docebunt. Sic *§. alia autem. Institut. de ...* docet ad exemplum venditionis donatori incumbere ... rei tradendæ: Rectè inquiunt supra citati, incumbit necessitas, nisi paratus sit venditor, id, quod interest præstare. *In qua hac erit necessitas?* Et penitius *d. §.* introspiciamus, ut venditori incumbit necessitas, sic donatori. Si igitur venditori præstationem ejus quod interest, largiaris, idem ut largiaris donatori necessum est. At hoc posterius vel ex omnium sententia & *l si quis argentum 31. §. fin. C. de donat.* absurdum est. Ergò & illud. Addo in uno ex correlativis dispositum & in altero dispositum censeri, *arg. l. final. C. de Indict. vidui l. fin. ff. de accept. ... Everhard. in Topi. in loc. à correlat. num. 3.* Verùm venditori competit ad pretium exigendum venditi actio, *l. 6. C. de Action. Empt.* Ergò & Emptori actio empti competet ad consequendum id, quod venditum est, Argumentum hoc eo fortassis, quo superiori modo eludent, non facturi, si sciant, id, quod interest, non venditoris, sed emptoris gratia inductum esse. His adjice, quæ tradita sunt à *Coras. Miscel. 3. Cujac. in l. 27. de Verb. Obl. Anton.*

Fabri

Fab. 6. conject. 17. Opponitur primò *l. 1. princ. ff. de Action. empt.* cum similibus: Resp. Emptorem, posse eligere id quod interest, propter moram dolosè à venditore commissam, & in specie *d. l.* dolose commissam esse ex sequentibus facile apparet, atque ita simul responderi poterit ad *l. si jactum 12. ff de Act. empt.* quod ipsum ex sequenti casu fiet clarius. Casus. Ad perendini diei prandium à piscatore jactum retis emi, id quod extraxit piscium statuto die dare mihi noluit, Mora hæc dolosa, quia convento die pisces non habui, mihi nocuit, peto æstimari id quod extraxit, quæritur quid Juris & id æstimari debere *Celsus* ait. Casus non dissimilis extat in *l. si traditio 4. C. de Act. empt.* quæ vulgo opponi solet; Nam *Procacia* hoc est contumacia, petulantia venditoris res suo tempore tradita non est, tùm quia conducibilius est Emptori, id quod interest habere, & ipsi id petere cōceditur. Denuò oppono, Ex quib. causis juratur in litem, in iisdem id quod interest præstando liberamur: Ex causa autem emptionis in litem juratur *l. 5. ff. de in litem juran.* Ergò R. Minorem non procedere nec quod in *d. l. 5* dicitur ad actionē trahendum est, quia in iis actionibus bonæ fidei saltem in litem juratur, quæ similes sunt actionibus in rē, hoc est, in quibus agitur de re restituenda, at in actione ex empto agitur de re tradenda, quod ipsum confirmat *d. l. 4. C. de Act. empt.* In quo enim casu adversus venditorem in litem jurare licet, tùm maximè licebit cū ejus procacia & dolo rei venditæ traditio recusatur. Jurare tamen eo casu licere negat *d. l. 4.* sed æstimationem & condemnationem ejus quod interest, Judicis non emptoris arbitrio & religioni permittit. Sic porrò instant; tradendi obligatio facti est. In facti autem obligationibus si non fiat quod promissum est, id quod interest, præstandum est, *l. 13. §. ult. ff. de re judic. l. quoties 81. de Verbor. O.* Resp. Traditionē non meri facti esse, sed aliquid juris habere, ut eleganter pluribus ostendit *Fab. 6. conject. 13.* Cætera & quidem leviora inter disputandum amovenda sunt.

IX.

Ad l. 2. ff. locat.

Locatio pecuniæ dationem requirit.

Et ut præcipua tantum attingam. Evidens pro hac sententia argumentum est in *l. 5. §. at cum. do. ff. de præscript. verb.* quo in loco

 inter

inter locationem & contractum do ut facias, hanc constituit *Paul.* differentiam: ut si pecunia interveniat sit locatio, si res, do ut facias, nisi quis cum *Coras lib. 2. Miscel. 11.* & aliis quam plurimis pecuniæ verbum interpretari velit pro quocunque corpore; sed ne illi manifesto oppositionem Rei Et Pecuniæ, quam ICtus faciat, impugnent, vereor: Vereor itidem ne consequentia verba sicut superiore casu emptio, eos egregiè refellat: Nam si pecuniæ verbum generaliter accipiunt, ut & in emptione id generaliter accipiant necesse est; At hoc absurdum nemo non dixerit. Sed & illud. Simile argumentum suppeditat *l. 1. §. si quis servorum* [illegible] ibi: sed quia pecunia non dabatur &c. *ff. depos.* Vulgare etiam sed sat firmum argumentum ducitur ex *l. 2. ff. locat.* ubi iisdem Juris Regulis locatio subsistere dicitur: Respondent contrarium sentientes id quidem verum esse in aliis, non autem pretio. Ac dico comparationem ea in lege ratione tantum mercedis fieri. Opponitur *l. si Olei. C. Locat.* R. Oleũ ea in specie recte solvi, quia & certæ pecuniæ summæ æstimatum fuit, ut indico esse ultimo verbum *Ponderationis* quod ipsum egregiè confirmat *l.* [illegible] *§. si domus ff. locat.* quo in loco frumentum pro locationis mercede constituitur. Sed quale frumentum certo pretio æstimatum, & hoc in omnibus rebus pondere & mensura constantibus permissum est, *arg. l. 9. C. de Rescind. vend. l. 8. C. si certum pet.* Alterum argumentum ducitur ex vocabulo mercedis. Mercedem (inquiunt) non tantum apud bonos authores pecuniam, sed aliud quodcunque quod pro labore & stipendio alicui datur significat, *Varr. 2. de ling. lat.* quod ut concedam facile [illegible] sed an in materia locationis dici illud possit? quæro, Negat [illegible] *l. 1 §. final ff Mandat.* Contrarium (inquit) officio est mercem, interveniente enim pecunia res ad locationem & conductionem potius respicit. Ecce merces de qua ante ICto sermo fuit, [illegible] ab ipso pecunia appellatur,

X.

Ad l. 8. 9. cod.

An locator rei alienæ etiam ad interesse teneatur?

Pen-

Pendet hujus quæstionis decisio ex intellectu *l. 8. 9. 35. h. t.* (*Vide Cujac. lib. 2. conject. c. 5. Cujac. 8. ad Africanum explicatione 35. ff. Locat.*) Ego sic statuo: Si sciverit locator rem alienam esse, & nihilominus per fraudem alteri locet, tenebitur ad id quod interesse *l. 35. ff. Locat.* atque ita intelligo *l. 8 ff. eod.* sin verò ignoraverit & bona fide teneri, tantum ad mercedis remissionem *d. l. 35* hactenus *Cujac.* Rectè, quod sequitur in *l. 9. ff. Loc.* Nihilominus teneri eum Ex Conducto non cum ipso ad mercedis remissionem neque cum *Fabro* ad id quod interest, refero, sed ad hoc, quia vel ratione probabilis alicujus affectionis, aut commoditatis domum retinere velit conductor, aget ex conducto contra locatorem, ut ei præstet frui quod conduxit, forsan enim verus dominus domum eodem pretio & eidem conductori locabit, videbit itaque locator, num illud à vero domino obtinere possit. Planè si Dominus non patiatur, hoc est, assentiri noluerit, & locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam præstare, æquissimum est absolvi locatorem, quod non de interesse sed restitutione mercedis intelligendum est, quam urgebat ea in specie conductor, & hæc pro instituto sufficiant: plura in disputatione addemus.

XI.
Ad l. 54. eod.

Quæro an fidejussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum teneatur?

Paul. Respondit in *d. l. 54* si in omnem causam fidejussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum pensionum præstare usuras debere; cui graviter obstat *l. centum capuæ 8. ff. de eo quod cert. loc.* cujus species hæc est. Centum Capuæ dare stipulatus est à Titio Mævius ejusque summæ nomine fidejussorem accepit, ea pecunia ut à Titio, sic & ab ipso fidejussore peti debebit, id est, ut si alibi, quàm Capuæ petatur, arbitraria agi debeat, accessiones principales naturā sequi debent, quod tamen ita demum admittetur si ipse in mora fuerit, non etiam si per reum steterit; sua enim cuique non alii mora nocere debet; nec obstat, quod cum reus tenetur in sortem & usuras hac condi-

tione promissas, si sortem non solvisset, & fidejuss[illegible] sorte non soluta & mora facta à reo fidejussorem quoque [illegible] l. res. in pr. C de usur. l. fidejussor C. de fidejussor. neque enim hujus objectioni removendæ causa subjicit Afric.) hæc causa [illegible] parabitur obligationi usurarum, ibi enim duæ stipulationes [illegible] una scilicet sortis & altera usurarum, ut mirum non sit, si fidejussor non solum sortis, sed etiam usurarum nomine teneatur, quia usuræ non minus sunt in obligatione quàm ipsa sors principalis, ut hoc casu non dici possit, ejus obligatione m augeri propter moram rei principalis, quia ab initio cum stipulatio contracta est, hæ usuræ erant in obligatione, at in nostro casu id [illegible] quit. Hic enim (inquit Afric.) una pecuniæ creditæ est, quia de eo quod interest nulla contracta fuit stipulatio, sicut in [illegible] specie contracta dicitur stipulatio usurarum. Atqui [illegible] modo ejus quod interest nulla est obligatio, cum [illegible] rationem haberi in actione arbitraria, ac reum ad id ut [illegible] condemnari, R. African. id eo fieri, non quia sit in obligatione [illegible] sed quia officio judicis id præstatur, ut & alia pleraque [illegible] in obligatione negentur esse, tamen ex officio judicis [illegible] dicuntur l. qui per collusionem, §. ult. de Action. empt. d. l. 54 [illegible] C. deposi. quod ipsum verum esse subjecto exemplo ostendit, quod si (inquit) post moram factam pars pecuniæ soluta sit [illegible] fingamus partem summæ debitæ exolutam esse, ejus quod interest nulla ratio habebitur, scil. pro parte exoluta, quia obligatio pro parte sublata est, & pro qua parte obligatio sublata est, [illegible] ea quoque parte jus exigendi quod interest, quod argumentum urgentissimum est ad id cujus causa introductū [illegible] interest scilicet in obligatione non esse, nam alias [illegible] partis debitæ superesset id quod interest, verum tot[illegible] l. 1. C. de Iudic. Ex his itaque fidejussoris obligationem non augeri constat; quod cum eo, quod in thesi dictum pugnat [illegible] cendum in specie hujus l. 5. nō in omnem causam fidejussi [illegible] sic ex ratione juris promissio simplex ultra simplicem obligationem præsentem comprehendere quicquam non debeat [illegible] V. O. l. Rutilia, de contrah. empt. verissimum id ipsum ex natura stipulationis constat quæ cum stricta est, nil præter dictum comprehen-

prehendere poteſt, at fidejuſſor in bonæ fidei contractu acceptus, etiamſi expreſſe non in omnem cauſam, ſed ex veroſimili vel mente vel circumſtantia illud appareat, facile in omnem cauſam obligari patet, d.l.54. h. t. l. [illegible] §. [illegible] cætera huic poſitioni contraria habent *Cora [illegible].2. [illegible] ll.12. Gyd.l. de contrahent. ſtipul cap.11.num.14.*)

XII.

Ad Tit. ſequentes de Æſtimat. rer. perm. & præſc. verb.

Præſcriptis verbis actio undè dicta?

Putat *D. Hotoman. in conject. de præſcript verb.* non præſcriptis, ſed perſcriptis, verbis actionem dicendam eſſe. 1. quia veteres illæ ſollennes, & uſitatæ notis tantum deſignabantur, ut potè in vulgus notæ unde *Cicer pro Mur.* JCtos exagitās veriti (inquit) ne ſine ſua opera lege poſſet agi, notas quaſdam compoſuerunt, ut omnibus in rebus ipſi intereſſent, hæ vero plenis & integris literis aut verbis præſcribebantur, neque incerta & compendioſa formula concipiebantur, 2. quia veteres notis ſcribere, & perſcriptis verbis ſcribere cōparare & opponere ſolebant *l. Lucius 40. de teſta. milit.* quæ ſententia diſplicet. 1. quia conſtans & perpetuo omnium locorum hæc lectio eſt. 2. quia non ſolum actiones ex his innominatis contractibus plenis verbis præſcribebantur, ſed & omnes in factum actiones, quæ & inde dictæ ſunt, quod ſecundum id quod factum eſt [illegible] ſunt, quæ tamen [illegible] ſolebantur *l. 1. de præſcript. verb. Dicitur ergo præſcriptis verbis actio*, quod reus præſcriptis rem verbis demonſtrat, hoc eſt talis formula quæ ſine ullo actionis nomine rē geſtam tantum demonſtrat, & deinde ex reipſa petitionem ſubjicit *l. 6. C. de transaction.* recepta in iis contractibus, quorum nullæ appellationes jure civili ſunt proditæ, quorum contractuum ut quidam bonæfidei ſunt, quidam ſtricti juris, ſic & actio præſcriptis verbis pro diverſitate contractuum, ex quibus oritur bonæ fidei vel ſtricti juris eſt. Bonæfidei eſt, cum ex æſtimatoria vel permutatione oritur *l. 1. de æſtimat. §. actionum Inſtitution. de Actionib. Quærit. Cujac. cur illi ſint bonæfidei, non cæteri* R. hoc pendet ex legibus & moribus, non enim hominis eſt judiciū facere.

bonæ

bonæ fidei vel stricti juris, sed solis legibus ut de petitione hæreditatis & dote scimus, quæ olim stricti juris erant, hodie ex Justiniani constitutione bonæ fidei facta sunt, putat tamen [illegible] reliquos quatuor bonæ fidei esse, quia contractibus [illegible] sunt adeo affines propinqui, ut ab illis non [illegible] rum præclarissimo viro assentiri non possum, quia nullo [illegible] bonæ fidei contractuum numero associati sunt, cujus tamen [illegible] us esse bonæ fidei vel stricti juris actionem facere dictum est, unde neq; in § *actionum Instit de actionibus* relati sunt, in quo tamen ut nostri volunt, & verum alibi probamus, omnes actiones bonæ fidei recensentur *Quæritur quando præscriptis verbis actio [illegible] tat*: R. Acutissimus *Donel* ad instar doli actiones cogere [illegible] do nulla alia actio superest *l. 2. 3. ff. de præscript. verb.* quod [illegible] citer receptum ac acumine ejus alienum est, dicendum [illegible] tunc ei locum fore, quando dubitatur quænam danda [illegible] *l. 1. de æstimator. l. 2. C. de pact in empt l. 6. de Resc. emption* qu[illegible] dubitatio est 1. quia contractus nominati & innominati [illegible] cifica differentia distinguuntur *l. 7. in pr. de pact.* Ergo non possunt in uno & eodem contractu concurrere 2. quia non datur regulariter actio empti ad rescindendum contractum *l.* [illegible] *contrah. empt.* 3. quia emptio non est in alterius arbitrio *l.* [illegible] *dus, C de contrah. empt.* tollendarum itaque harum dubitationum causa datur actio empti *l. 4. d. l. commiss.* Oppon. quod [illegible] positi & præscriptis verbis in una & eadem specie [illegible] *ult. de præscript. verb. l. ei apud § 1. de posit.* (R. *Donell. c. 2. de* [illegible] *verb.*) *Primus itaque contractus ex quo præscriptis verbis* [illegible] *æstimatorius*, qui tollendæ dubitationis causa introductus est, cum res æstimata vendenda datur, ut aut res ipsa incolumis restituatur, aut æstimatio de qua convenit reddatur *l. 1.* [illegible] *tor.* non enim est mandatum, quia non est gratuitum, [illegible] jam locatio & conductio, quia plerumque incertum est [illegible] quis rem vendendam locet, an operam conducat, neq[illegible] quia eam accipit ut vendat, maximè si ei constituta sit [illegible] emptori enim merces non constituitur; tollendæ itaque [illegible] dubitationis causa datur æstimatoria, quæ licet rubrica de æstimatoria actione inscribatur, non est nomen actionis, [illegible] Qualitasque adjicitur actioni præscriptis verbis, ut in [illegible] d-

camus

cim[illegible]do de peculio,[illegible],exercitoria & similes dicuntur, quæ non sunt proprium nomen actionis,sed sunt qualitates. *Quæritur ad quem periculum pertineat?* Distinguendum est ex *l.17.§.de præscript.verb.* cujus distinctionis rationem attulit *Conan.* *7.comment.15.n.4.* atq; juxta eam distinctionem accipienda est *l.1.* *§.fin de æstimator.* Sed cur non eadem distinctio servatur in inspectore R. *Cujac. ad l. 17. §.Papinian de præsc verb.* quia hoc negociū accedit ad depositum vel commodatum, in quibus nunquam præstatur periculum, negocium enim ex quo agitur præscriptis verbis accedit ad aliquod civile & ex illius natura existimatur *l.* *20.§.fin.de præscript.verb.* igitur inspector non præstat nisi vel dolum tantum.cum dantis causa res inspicitur vel dolum & culpā, cum inspectoris causa vertitur *l.20.§.fin.* Oritur & præscriptis verbis actio ex RERUM PERMUTATIONE. *Quæritur cur illa nomen non habere dicatur?* R. Forma est,per quam res & dicitur,at in permutatione nulla est forma,quæ tamē maxime in Emptione, Locatione & similibus videre est. Unde nec cognosci potest, quid sit merx,quid pretium.*l.1.de rer.permutat.*innominatus itaque recte dicitur contractus. *Quæritur an sicut emptio ita & permutatio res alienas valeat?* Negat *gloss.in l. 1.per illum textum C de rer.permut. ibi res suere alia* Et per consequens alterius fuit. 2. *Quia natura contractuum innominatorum est,ut ante implementum agi nequeat* Ergò si *traditur res aliena,non erit impletus contractus à parte ejus qui dedit, ut sic nec ei illa actio competere possit* alter verò qui suam rem [illegible] ex sua parte implevit, habet actionem præscriptis verbis [illegible] agere contra dantem priusquam res aliena evincatur, in qua ab emptione differt, quam sententiam confirmat *l.1.de rerum permut.* dum differentias emptionis & permutationis persequitur. Opp.*princip.d l.1.* R. *Anton Fab.6.conjectur.9.* *Quæritur an permutatio à contractu Do ut Des differat?* Affir.CC. *Dd.* Negativa videtur ex subtilitate juris verior, & nulla est distinctio illa Dd.quando res certa promittitur,permutatio est,quando & incerta Do ut Des quia effectu considerato semper certa esse debet *Pad l.ad l.5.de præscr.verb.Vaud.1.q.25.Fachin 2.cont.44.)* ex quibus [illegible] actio præscriptis verbis nascitur. Contractus innominati sunt.4. Aut enim Do ut Des, aut Do ut Facias, aut Facio ut Des, aut Facio ut Facias, circa quorum tractatio-

nem occupata est nobilis illa *l.5.de præs. verbis* generaliter ... tandum, contractus eos, ut vicini admodum sunt ... nominatis, ita & facilimè (excepta tamen specie illa, Facio ut Facias) in illos & sæpenumero transire, unde nunc oritur ... TIO ex §.*1.d l.5.* ut si dem pecuniam ut si idem accipiam, sit emptio vel Do ut Des? & placuit emptionem esse, ... creditur. *Obstare l.final.de condict.caus.dat.* ubi re pro pecunia ... dicitur contracta permutatio sive Do ut Des ... recte ejus casu constituto, qui talis est. Dedi tibi pecuniam cum re alia, quæ pecuniam superabat vel æquivalebat, ut ... Stichum dares, quæritur an pro portione pecuniæ sc. emptio sit contracta, an nulla hîc alia obligatio, quam ob rem datam re non secuta, propter rem sc. datam, in quo proclivior est JCtus ... divinate videamur, necessum rem aliam præter nummos intervenisse dicamus, quomodo enim alias dubitaret JCtus, an pro parte esset emptio, vel pro parte permutatio, quin ... decidit esse permutationem omninò illud dicendum est, ... alias absurdè negaret emptionem & venditionem esse cum ... ejus contractus substantialia intervenerint. *Altera ... quæstio est.* Si Scyphos tibi dederim ut mihi Stichum dares, ... meo Stichus erit, & confirmatur. 1. quia periculum ... contigens reum liberat *l.23.de V.O.l.5.de reb.credit.* 2. ... imputari potest, qui, ut maximè velit, implere non potest. *l. ... quidam.§.si pupillo.de usur.* opponitur *d.l.ult.de condict. caus. dat.* ... *Goras.miscellan.9*) Sequitur quæstio §.*2. vers. quod si ta...* Qualis Dedi tibi 10. ut Stichum intra mensem manumittas, ... mensem si non manumiseris 10. repeti possint *Aff. l.3.§ ... ita ff de condict.caus dat.d.l 5.§.2.* atqui ita constitutione D. Marci ipsa jure liber fit *l.4. C.si mancip. ita fuer. alien.* Ergò ... est, nec dabitur repetitio. R. Petenda erit ex *l.122.§.Flav...* *ut ibid. Duar. & Donel. latiùs explicant. Restat §. 3. Quod si feci ...*, ut des & posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, & ideò de dolo dabitur, quæ sententia falsa est. 1. quia quoties contractus existunt, quorum appellationes nullo jure civili proditæ sunt, toties præscriptis verbis actio datur *l.3 h.t.* Talis autem est facio ut des. Ergò. 2. quia συνάλλαγμα est. Ergò, quæ est ratio JCti in *l.7.§.1.ff.de pact.* 3. quia *l.solent. l.si tibi potienda de præscr. verb.* ... largiuntur actionem, quid igitur *Paulo* reponemus qui ...

vee-

verbis de dolo actionem concedit? hoc nimirum, cum à cæteris dissentire. Dissensionis vestigium apparet ex *l. solent. 15. eod.* quæ est *Ulpian.* qui conceptis verbis & per Ironiam *Pauli* rationem refellit, nisi (inquit) quis & in hac specie, &c. Apparent *Paul. & Ulp.* dissensiones in *l. lecta. de Reb. cred. in l. 2. §. alii. ff pro empt. in l. 2. de in diem addict. in l. 70. ult. cum l. 12 de bon. libert.* accedit & certa *Ulp.* ratio in *d. l. solent*, quia ista conventio nuda non est. Ergò competit præscriptis verbis actio *l. 7. § 1. de pact. Ulpian.* sententia à cæteris rejecta, *Pauli* recepta est, ut apparet ex *l. si ibi potienda eod.* atque ita sententio.

DISPUTATIO
DECIMA QUARTA.

Sub. JOHANNE DITHMARO GRYPHISWALD. Pomerano.

THESIS I.
Ad l. pr. de pignoribus.

AN pignus alienæ rei, cujus tamen debitor cæpit esse dominus, ex post facto creditori ingnorãti cõfirmetur?

Negant nonnulli 1. quia ea, quæ ab initio vitiosa sunt, ex post facto convalescere non possunt, *l. 9. & l. pen. de R. J.* 2. quia agens Servianã probare debet, rem fuisse in bonis debitoris, eo tempore, quo de pignore cõvenit, *l. 15. §. h. t.* Affirmant alii, quos sequimur, non quidẽ directo pignus convalescere: Sed ex æquitate vi res illud aquirere, per *l. 5. C si rei alien. pig. l. 55. D. ad SC. Treb.* quia iniquum foret, decipi creditorem à debitore, quia nunc rei in pignus datæ factus est dominus, qui & olim sub hac conditione obligasse videtur, *Si quando ejus facta fuerit, l. 41. de pig. act* quam conditionẽ & nominatim adjici posse, constat ex *l. 16. §. 7. de pig.* Quin & res aliena tum pignori dari potest, si debita sit obliganti, *l. 3. §. 1. D. qui pot. in pig.* in qua l. cum obligans jus ad rem licet alienam, habuerit, eam tutò oppignoravit, attestante *SC. ad. l. 5. C. si res ali. pig.* Deinde si debitor jus habet in re, illam sine periculo obligationis nexui subdit, *l. 13. §. 2. & 3. de pig. V. gl. ad l. 5. C. si res ali. pig. Don. c. 9. de pig. V. ult. c. 17. disc.)*

II.

Ad d. l. 1. pr. h. t.

Quod idem num dicendum sit eo in casu, quo creditor rem alienam esse scivit? Et difficilius dari Papin. respondit.

Donellus in d.c.9.cum Duar. 2. Disp.11. illud negativè capiunt, & comparativum loco positivi positum contendunt, q[illegible] cat JC. Papin. creditori scienti nullo modo dari utilem actionem. Ille nititur *l. 8. de collat.* in qua similiter JC. Papin. [illegible] sponderit. Hic longam variorum auctorum seriem, qui hujusmodi formulis usi sunt, recenset; eam, si placet, videre [illegible] quis potest, ne ingratum sit fonte aditu haustuq; facile[illegible] theses derivare. *Balduin in tr.pig.c.12.* & alii vocabulum difficilius in propria significatione accipiunt, quod nimirum [illegible] non tàm facilè detur actio utilis, atque ignoranti cred[illegible] tionem diversitatis *Robert. 2.recept lect.1* hanc assign[illegible] hac in specie ab initio non substiterit contractus, [illegible] sequens pignoratitia actio contraria competat, cujus [illegible] & videtur hypothecaria utilis eò difficilius tunc o[illegible] quàm illo altero casu, quo ob id, quod ignoravit cred[illegible] gnoratitia contraria actio illi competit, *l. 9.pr. l. 16. §. 1. de pign. act.* Quæ sententia probabilior est, quia cùm impedimentum [illegible] alienæ, quo fiebat, ne res aliena pignori obligari posset, [illegible] tum sit per dominium debitori quæsitum, consequens est, plus ex convalescentia ista consequi eum, quàm ante habuit, [illegible] Nam cum nondum convaluisset, retentio ei datur. Ut [illegible] aliquid plus sit, necessum utilem ei actionem demus. C[illegible] noti juris sit, in pari causa eum esse potiorem, qui de d[illegible] tando certat, ut in specie nostra facit creditor. Nec erat [illegible] debitorem qui poterit defendere. Si enim creditori [illegible] semper eum mendacii argui reperies, *l. 41. in fin de pig. action.* [illegible] his positis, non promiscue actionem scienti & ignoranti creditori (ut putant *Donell. & Duar.*) damus, Hic enim adversus o[illegible]

agi[illegible]

agit, ille non nisi contra debitorem & eos, qui ab eo post dominium adquisitum, causam habeant.

III.

Ad l. 11. §. 1. eod.

Antichresis licet præscriptum in jure usurarum modum excedat, an licita sit?

Clari juris est, in fraudem usurarum stipulationem vel pactionem nullius momenti esse, *l. 26. C. de usur.* At antichresis, si legitimum modum non servat, in fraudem earum fit. Et certè si fructus ex re in pignus datâ, tanquam usuræ percipiantur, res cogit fateri, fraudem legi usurariæ fieri. At illud ipsum nego, & in vicem vel locum usurarum percipi contendo, quod longè à priore dissimile est. Illud enim veritatem, hoc saltem similitudinem habet. Cujus rei probandæ causa oritur argumentum ex *l. 8. D. in quibus caus. pign. vel hyp.* Si enim ut usuras, percipi rei fructus dixerimus, id consequens est, eos deberi circa pacti vel stipulationis vinculum non posse, cujus tamen contrarium in tacita antichresi *d. l. 8.* demonstrat. Hinc nunc ratio admissæ antichreseως apparet: Cum enim fructus sive eventum sive æstimationem spectes, incerti sint, nihil fit contra leges, etiam si uberiores provenerint, quia & pauciores alio anno provenire possunt, ut ex regula juris, cui damnum, eidem commodum concedere debeas. Hinc sententiæ tanquam Medusæ caput objicitur *d. l. 8.* quod *Cuj.* fortis ille Perseus resecat tali ferramento: loqui nimirum illam l. de tacita antichresi: ut & rubrum, cui nigrum illud subjectum est, testatur non ineptè. Sed video caput hoc suo trunco adglutinare velle, *Hottomann. 1. observ. 4.* dum scil. *d l. 8.* inserit particulam *non*: qui tamen conatus redditur irritus à *Roberto 1. lect. recept. 14.* Rationem diversi juris inter tacitum & expressum antichresin reddit *Faber decad. 9. error 5.*

IV.

Ad l. 12. eod.

Servitutes indistinctè nullas opp[illegible] posse, verius est.

De urbanis servitutibus res clara est, *l. 11. § ult. h. t.* Cum e-nim soluto debito pignus liberetur, & per actionem pi[illegible]titiam recuperari possit, fieret, ut creditor, qui tignum [illegible], per actionem pignoratitiam cogi possit dirimere ædi[illegible] ad deformitatem urbis tignum eximere, contra *l. 12. ta[illegible]* juncto. Quæ ratio cum non in omnibus servitu[illegible]bus [illegible] militet, *Bart.* docuit, ea Cass[illegible]nte, pignoris nexum recipere [illegible] servitutes. V. C. si oppignoretur servitus altius non [illegible]. Cujus sententiæ *Bartoli* succedaneus est *Ripa in l. 6.* [illegible] tamen aliter in his distinguit, statuens differenti[illegible]m [illegible] tutes constitutas & constituendas, ut ille tam urb[illegible]æ [illegible]sticæ pignori dari possint (non tamen ut is loquitur, [illegible]cto & solæ, sed in concreto, id est, cum prædio.) hi[illegible]læ. Communis Dd. opinio (quam & *Cuj. 5. observat 6.* [illegible]) circa servitutes rusticas sic se habet, ut præcipiat, ill[illegible] ju-re obligari non posse: sed propter utilitatem & tu[illegible]ris obligationem sustinere, *d. l. 12. de pignor.* Non rect[illegible] *10. de pign. Duar. 2. disput. 13. Pac. 5. conclus 26.*) 1. propter *d.* [illegible] sine principali stare non potest accessorium, Est [illegible] prædii accessorium. E. sine illo nequit obligari. 3. Pi[illegible]pus, ex tempore constitui potest, quod secus est in [illegible] *l. 4. de servitut. obst. l. 11. § ult. & d. l. 12. hoc tit.* ex quaru[illegible]ne apparet, JCtorum *Martiani & Pauli* diversam fu[illegible]tiam in oppignoratione servitutum, quarum urb[illegible] non posse *Maritanus*; rusticas autem posse JC. *Paulus* vo[illegible] ad confirmationem sententiæ suæ nititur parti[illegible]ul[illegible] a [illegible] *sed* Resp. cum *Donell. d. loc.* quem adi. 2. Oppon *l. 2. §.* [illegible]*car.* Resp. utilitas possessionis precariæ non in [illegible] jus pignoris consistit: Sed in usu tantùm ad libi[illegible] d[illegible], qui precario concessit.

V.

Ad l. 16. §. fin. eod.

Pactum hoc: sic intra certum temp[illegible]

po-

pecunia non ſolvatur, res juſto pretio, creditori ſit empta, valet.

d.l.16.§.fin. Licet enim hoc pactum, l. commiſſoriæ quo ad verba ſimile videtur: re tamen & effectu multum ab eo differt, & vocatur pactum emptionis, habeturq; pro conditionali venditione, & ut juſtum, jure noſtro probatur, *d.l.§.fin* Opp. Imo pactum hoc non eſt conditionalis venditio, quia nondum conventum eſt de pretio. *Reſp.* Si non eſt venditio, eſt tamen verum pactum de vendendo, quod non ineptè dicitur conditionalis venditio, quia poteſt ſequi & futura ſperatur venditio. Nec enim in eo decipitur debitor, cum juſtum pretium relinquatur arbitrio boni viri dijudicandum. Opp. *l.3.C.de pact.pign. & d.l.commiſſ.* ubi l. commiſſoria in pignoribus eſt ſublata. In d. verò §. *fin. l. 16.* eſt pactum l. commiſſor, E. *Reſp.* cum Dd. comm. quod *d.§.fin.* ideò non poſſit ad *d.l 3.* porrigi, quia in illo conventio juſto pretio facta eſt. *Ratio autem diverſ.* inter contractum Emptionis, vendit. & pignoris, quorum ille pactum l. commiſſ. ex numero aliarum conventionum, non vult excluſum; hic vero idem repudiat eſt: quia venditio ut plurimum ſolet fieri pretio juſto, ideoq; pactū hoc in illa non cenſetur illicitum: in pignore verò ſecus eſt. Illud enim frequentius & communiter ſolet obligari pro multo minori quantitate, quam valet, qui d[illegible] magnas debitores in con[illegible] pacto hoc admiſſo, nemo non videt. Notandus autem hoc loco error *Arrii Pinel.p.2.rubr.c.1.n.27.C.de reſ.vēd.* qui putat. jure Digeſtor. pactum hoc in pignoribus licitum fuiſſe: Quod & poſt ipſum, alio tamen modo concedit *D.an. Moller.2 ſemeſtr.34.* exiſtimans ſcil. nullam eadem re legem in ff. extare Uterq; enim cum ratione juris certa, tum ll. repellitur. Nec enim dominium ulli invito auferendum. Et ratio admiſſi pacti in *d. l. 16.§.fin.h.* plane arguit, ſi non juſti pretii merito facta fuerit, nec id ullam vim aut poteſtatem habere. Quod magis confirmat *l. fin. de contrah.empt.* ubi *Scævola* diſertis verbis reſpuit h. pactum ut ſic convenerit inter fide juſſorem & debitorem, ut ob non ſolutam creditori pecuniam, fide juſſor pignora habeat, in cauſam obligationis, id eſt, pignoris, *(Fab.decad.21.error.5.)* Nil *Pinello* opitula-

culatur *l. fin. C. de pact. pign. & l. commiss.* ex qua ita arguit Commissoria l. Constantini constitutione infirmatur. E. necessum ante valuerit. Resp. renovasse non induxisse jus l. commiss. Constantinum, quod ipsum mihi ex eo verosimile redditur. Regulare enim scimus, leges dare futuris non præteritis negotiis causam, *Nov. 22. c. 1. Nov. 7. c. 1. in fin.* At quæ erit causa, ut contra illud jus regulare hanc constitutionem ad præterita relatam esse putemus? quia nimirum creditorum nimium asperitas & ... contra jus vetus & illud quidem æquissimum pactum legis commiss. introduxerat, quam meritò hac constitutione compescuit, tam præterita, quæ & jus vetus improbabat, quàm futura ... nihilum redigendo.

VI.
Ad l. 12. eod.

An & tum creditori utilis persecutio pignoris detur, cum dominus, cujus rem debitor obligavit, ei heres exstitit?

Aff. *d. l. 22. h. t.* Cui vulgo creditur obstare *l. 41. de pig. act.* Tractat. latissimè *Vult. 1. discept. 17.* & ultra allegatos ab eo. Vide *Hottoman. 6 observ. 15. Pinell. p. 3. n. 83. C. de bon. mat.* Novam ... sus est attulisse conciliationem *Vult.* quam tamen ... *curs. ad d. l. 22.* recitavit & refutavit, Nec veri speciem habet. Nam & qui ignorante me obligat, utique sine voluntate ... obligat, nisi quis ex eventu voluntatem domini æstimet, qu... in ... sum vergere potest, ut ex eô jus certum constitui non ... possit. Certior conciliandi ratio est, si dixerimus, *d. l. 41.* non quidem denegare utilem actionem, quia verus Dominus ... sit, sed quia pignori non dedit. Ut enim utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur, requiritur, ut is, contra quem ea ... ditur, pignori obligaverit *l. 5. si C. alien. res. pig.* & illud ... *d. l. 41.* dicitur. Neoutiq; sufficit, ad competendam utilem pignoratitiam, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet, sed simul requiritur, ut dederit, quemadmodum in casu priore *d. l. 41.* videre est, ad quem posterior applicari debet. Et plane

vere.

[illegible] inicit. Sed si non [illegible] (inquit JC.) de pignore, [illegible] is, cui successit [illegible] nec contradicente [illegible], improbe facit [illegible] competere actionem negaverit, quia non dedit [illegible]. Nam cum alius ejus voluntate [illegible], utique [illegible] dicendus est [illegible] illud est, quod [illegible] *in d. l. 2* [illegible] directio non [illegible] suc-cessit, & factum defuncti agnoscere debeat, *l.* [illegible] pignoratitiam [illegible] concedit.

VII.

Ad l.7.D. in quibus causis pign. vel hyp.

Qui in refectionem ædium pecuniam mutuam dederunt, tacitam in ædibus refectis hypothecam habent: Quæritur: an idem sit dicendum in mutuante ad refectionem navis vel rei similis?

Negat *Cernan.4.cons.17* & post eum *Don. de pig. c. 5.* 1. quia SCtum [illegible] tantum de refectione insulæ, *d. l. 1. h. t.* 2. quia ratio publica [illegible] spectus, ne scilicet urbs ruinis deformetur, jus speciale illud [illegible] tavit. arg. *l. 2. C. de ædif. priv. l. 20. §.1* [illegible] *De* [illegible] *l.2.§.17.D.* [illegible] Adhibent communiter Dd. per *l.* [illegible] extensionem [illegible] accipi possit. [illegible] hujus pecuniæ navem salvam esse, quæ ratio admissi privilegii in ædificio est *d. l. 1.* juncta *d. l. 5.* Sententiam hanc quoque manifestè confirmat *Nov. 97. §. 3.* ut ex his facile superiorum solutio appareat. Licet enim SCtum de insula saltem loquatur, extensione tamen illud ad alias res postea prorogatum in *d. l. 5. & Nov. 97* In posteriore argumento committitur fallacia non causæ ut causæ, (*Bart. Acc. Costal. & Dd. in d. l. 5.*)

VIII.

Ad l.1.D. quæ res pignor. oblig. non poss.

Res minorum pignori obligari non possunt.

Ratio est, quia immobilium rerum minorum alienatio sine decreto est inhibita, *l. 1. C. de præd. & aliis rebus minor. & l. ult. C. de administr. tutor.* E. etiam oppignoratio: est quippe pignus & commercii & alienationis species, *l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* II. per *l. ult. C. de minor.* verb. duntaxat ... prædia minorum vendi vel obligari posse decreto ... cente, ob æs alienum duntaxat, ut declaratur aperte in *l. ... §. ... de rebus eorum qui sub tutel.* E. regulariter non possunt. Opp. *l. 24. de pignorib.* ubi licet rei emptio interdicta sit, non tamen interdicitur ejusdem pignoris captio. Resp. id hanc ob causam conceditur, quia pignus species est contractus, ab emptione separata, cui neq; ut species, neq; ut subalternum quiddam subjicitur. *... ad d. l. 1. C. qub res pig. vel hypot. dari non poss.* Dist. *Acc. Br. & alii ad d. l. 24. de pignorib.*

IX.

Ad tit. 4. Qui potiores in pignor.

Num mulier in dotis persecutione anterioribus etiam expressam hypothecam habentibus præferatur?

Affirmo, quia Imperator hoc privilegii mulieribus indulsit propter earum fragilitatem II. Quia, reste Philosopho, ... à fine ratio sumitur eorũ quæ ad media spectant: ideo nos quoque hinc arguentes, pro secundo fundamento dicimus, eundem esse finem tacitæ & expressæ hypothecæ, Reipub. nimirum commodum, *l. 1. D. solut. matrim l. 2. de jur. dot.* Quod commodum præter conservationem dotium, quarum causa principaliter est, semper etiam in sobolis procreatione consistit, unde *D. Hadrian.* elegantissimè dixit, ampliari se malle imperiũ ad... hominum, quam pecuniarum copia *l. 7 §. 3. vers. sed & divus ... de bonis damnat.* E. in utraq; tàm expressa quàm tacita hypotheca mulier præferatur. III. Is qui in ædificii refectionem credidit, præfertur quidem omnibus anterioribus etiam expressâ hypothecâ vallatis *l. 8. D. qui potior in pignor.* mulieri tamen non item, sed ab ea vincitur *Nov. 97. §. his consequens 3.* Si ergò vincentes ipsos mulier vincit, quanto magis alios. *arg. l. 14. §. 3. vers. qui ... potior*

tior est. D. de divers. temp. praescr. 4. Robur [illegible] adquirit opinio no-
stra ex consideratione temporis & [illegible], si initium attenda-
mus, quo tempore & quibus [illegible] diversa dotis praedentia mulieri
[illegible] sunt. Primò enim in dote mulier nullam habuit taci-
tam hypothecam, sed tantum privilegium, *l. quaesitum 7. §. [illegible]*
fa D. de reb. auctor. jud. poss. Et si voluit habere hypothecam, ne-
cesse fuit, ut de ea sibi expressè prospiceret. Exempla sunt in
l. 7. §. si uxor. 6. de senat. in vir. l. 1. D. qui pot. in pign. l. 1. D. [illegible].
De hac hypotheca loquitur etiam *l. uni 29. C. de jur. dot.* Deinde
cum mulier sibi de hypotheca semper pacisci cogeretur Imp.
Justin. in *l. 30. C. de jur. dot.* e[illegible] rebus dotalibus tacitam hypothe-
cam concessit, & in iis vindicandis praelationem. Tertiò ut ple-
nius esset mulieri consultum Justin. eidem pro conservatione
dotis in rebus mariti, tacitam hypoth. tribuit, *l. un. §. & ut ple-
nius. C. de rei ux. act.* Quartò ut plenissimè mulieri prospectum
esset, idem in *d. l. 12. C. hoc t.* jus mulieris amplavit, ut omnibus
etiam hypothecariis mariti creditoribus prioribus & posteriori-
bus tacitam & expressam hypothecam habentibus in dote ante-
ferretur. Atq; sic ex hoc quoq; fundamēto, magnū opinioni no-
strae robur additum arbitror; qua stante firma & immota, ratio-
nes adversariorum videamus, qui inter alias seqq. potissimùm
nituntur *d. l. 12.* ibi: potiora jura contra omnes habere mariti
creditores, licet anterioris temporis privilegio sint vallati. Quae
verba posteriora (*licet anteriores*) rest[illegible] p[illegible], [illegible]
[illegible] locutus est de creditoribus mariti tempore anterio-
ribus ad [illegible], qui ex privilegio hypothecae jus habent, ac
per consequens tacitam hypothecam. Ad hoc arg. Resp. Impe-
ratorem illa verba non restringere, sed multò magis ad illos
quoque extendere voluisse, qui alioqui anterioris temporis
praerogativa quoquomodo niti possunt: quia verba non refert
aut vallatos legis privilegio, aut simpliciter vallatos privilegio,
ut oportuisset, si Imper. id quod in primo hoc Negan-
tium fundamento adseritur, voluisset; Sed ad vallatos, sive
munitos temporis anterioris privilegio, id est, praerogativa I I.
per l. ubi 29. C. de jur. dot. ubi Justin. vi tacitae hypothecae acti-
onem mulieri nominatim concedit advers. posteriores mariti
creditores. Eo igitur excludit anteriores a contrario. Ad hoc

fundamentum responsio duplex potest dari, quam colligere licet ex ultimo nostræ sententiæ fundamento. Prima est, in dicta nimirum *l.29* mulieri tacitam hypothecam non fuisse datam, sed eam l. de hypotheca loqui, quam de sibi mulier expressè prospiceret, ut ex his verbis colligitur: *ubi mulier sibi prospicere vult, res, quas supposit. pro dote & ante nupt donatione, rebus extra dotem constitutis præponere.* Dum enim dicit, res pro dote mulieri suppositas esse, ex eo apertè constat, mulierem sibi de expressa hypotheca prospexisse. Deinde *d.l.29.* antiquior est *l.12.C.h.tit.* ut patet ex die & Consule utriusque, *arg.d.l.29.* quæ prior edita fuit: ideoq; cū priores ad posteriores leges sint trahendæ. *l non est novum 26. cum seq. de ll.* Idem in hoc quoque nostro casu faciamus oportet, nisi *d.l.26. & seq. d.ll.* contrarias nobis habere malimus. III. Mulier & fiscus paribus passibus ambulant, *l.2. C. de privileg fisci l.9. C de jur dot.* Atqui fiscus expressam hypothecam habentibus non præfertur. *l.8. fi. qui potio in pig. l.4. C. eod.* E. nec mulier R. Etsi mulier & fiscus pari passu ambulant; inde tamen non efficitur, mulierem hodie fisco non esse favorabiliorem, cùm in eam rem habeat privilegium ex sæpè *d.l.12.* Ejusmodi fisco nulla unquam l. datum est, Antonini enim temporibus nullum privilegium habuit mulier, nec quidē tacitæ hypothecæ: multò minus igitur fisco præferri debuit, vel cum fisci privilegio concurrere. At Justin utrumque privilegium dedit duplici constitutione: nimirū tacitæ hypothecæ *l.un §.1. C. de rei ux. act.* & prælationis *d. l. assiduis 12.* Non potest igitur ex Antonini lege (quæ est *l.2. C. In quibus caus. pig.*) sumi argumentum ad interpretandam Justiniani constitutionem, qui magis mulieri quam fisco favere voluit. IV, iniquum est, mulierem quæ tempore est posterior, præferri eis, qui expressa pignoris conventione sibi prospexerunt. Resp. Non esse iniquum, quia creditores jus, quod sibi paciscendo comparavit, retineant; at non etiam habeat prælationem, quia hanc non sunt pacti utpote quæ solius l. beneficio conceditur, & hujus quoque arbitrio tàm ex tempore quàm ex causa credendi constituatur.

XI.

An etiam in pignore prætorio, aut in

con-

conventionali privilegium temporis locum habeat?

Ad l. *Cujac. in par. C. qui pot. in pign.* sub hac tamen limitatione modo ex causis tituli ejusdem diversis & non ex uno eodem que creditores veniant & mittantur. Hanc quoque sufragantem *Dyn. ad l. qui prior.* 54 *de R. J. in* 6. *n.* 4. si quiem creditores omnes sunt ejusdem tituli, ut omnes ex contractu, aut omnes ex causa legitima, vel omnes ex causa damni infecti, tunc non potest prævenire ex tempore. *l.* 15. *§ si pluri* 15 *ff. de dam. inf. l.* 12. *de reb. auct. jud. poss. l.* 5. *§.* 3. *&* 4. *ff ut in poss. legat* quæ ll. omnes loquuntur de ejusdem tituli creditoribus: Secus est, si diversorum titulorum sint creditores. Eo enim casu, qui prior est tempore, potior est jure, *l. si decreto* 2. *C. qui potior in pig. Salic. ad l.* 2. *C. eod.* (*Diss. Wes. n. c. parat. D. hoc tit. num.* 2. *Gail.* 2. *observat.* 25. *num.* 3.) de judiciali dicimus aliud obtinere in sententia aliud in executione judicari, hic regulæ locum esse; illic non item. Opp. *l.* 10. *D. qui potior. in pig* cui legi *Corne. ius.* 2 *sel.* 7. hunc sensum attribuit, quod is imir. is ejusve heres, cui pignus à debitore constitutum est (hoc enim verbum ad conventionale, non ad judiciale pignus referri debet) ei qui postea auctore Magistratus in rem venit, & eam cæpit pro pignore possidere, præferatur. Verùm *Cuja.* 9. *observat.* 17. ait, hîc inqui, in judiciali pignore eum potiorem esse Cujus nomine prius captum est pignus ex causa judicati, ... cum missus ille ... creditoribus (Videtur enim ille non sibi sed omnibus possidere) & hoc genus pignoris in rem & generaliter omnium creditorum causa constituitur, illud in personam.

XII.

Ad l. 7. §. 2. de distract. pignor.

Si creditor paciscatur cum debitore, ne ipsi vendere liceat, pactum valet, & alienatio omninò debitori interdicta est.

l. d. l. 7. *§.* 2. Et hoc pactum ipso jure venditionem impedit, teste

 Fulgos.

Fulgof hic Multum n.intereft creditoris, non alium fibi [illegible] tui duriore n adverfarium, quoniam fac l. us & commod[illegible] fecuturus eft hypothecam, fi apud debitorem fit, quam [illegible] alium, forfan per poffeffionem & titulum præcedentium [illegible] ftituta Et hoc potentiffimum e t intere[illegible], quia [illegible] non prius poteft agi hypothecari[illegible], quam excuffis his, qui [illegible] tur perfonalibus *Nov. 4. de fidejuff. §. fed neque.* 2 Sed [illegible] lenter quis contraveni[illegible] e poffit hoc argumento: Legibus [illegible] batum eft, auferre domino poteftatem rei fuæ alienandæ [illegible] *de pac.* Debitor a. rei quamvis obligatæ. manet dominus. E[illegible] agitur alienandæ jus habere debet liberum. R. In [illegible] ob ectio, fi dicatur *Gothof. & gl. ad d. §. 2* eam hic non [illegible] c[illegible]te, quia creditor habeat jus in re, ideoq; à debitore eum [illegible] fibi pacifci poffe, fiquidem pacto (ut ait *Wefenb. par. b.*) quod [illegible] ftam caufam habet, domino recte interdicitur rei fuæ alienat[illegible] *l. fin C. pa. l. interempt* aliud v. effe in extraneo, cujus omnino [illegible] dum interfit, & eo in cafu exaudienda eft *d. l. pen de pact.* Adver farii igitur hac via fuam non procedere opinionem fentie[illegible] alià adgrediuntur, & lectionem in *noftro* §. 2 mutuant, pro [illegible] ditionis verbo, (quod approbat litera Pifana, cui fumma [illegible] ctoritatem tribuendam pleriq; exiftimarunt, quæ tefte [illegible] *fup.* loco appellatur litera *Florentina*, quia Pandectæ [illegible] funt de civitate Pifarum ad civitatem Florentiæ) reponun[illegible] ventionis. quod tentat *Bald. Hot.* tefte in præfat. ad obferv. [illegible] pofterior aliis lectionibus pofthabitis, legit rationem, & [illegible] probat autoritate *Ciceronis Verrin. 2. & pro Cæcin* Item *l. pen* [illegible] *de pecul. caftr.* Alii denique ponunt pro venditione pacti[illegible] Quibus omnibus longum valere juffis, nobis cum *Br. &* [illegible] lectio Florentina proba fatis videtur.

XIII.

Ad l. 2. C. de lui pig.

Intelligere debes, vincula pignoris dur[illegible] perfonali actione fubmota.

d. l. 2. Non propofuiffet abfolutè ex Gordiani refcripto [illegible] ten-

sententiam [illegible]*anus* (in qua [illegible] *32.*) adversatur enim [illegible] principio, quo [illegible], ut sublata actione personali [illegible] hypothecaria [illegible] *l.2.* pluribus contendit [illegible] consumptum esse, [illegible]; *vincula pignoris* [illegible] *durare &c.* Commu. Dd. [illegible] videtur [illegible] decidere, cum actio [illegible] submota est præscriptione 30. annorum Nam hac [illegible] est, nihilominus hypothecariam actionem durare usque ad annos 40. si cum debitore aut hæredibus ejus agatur, *Cuja.* [illegible] ex *l.1.C eod.* Est autem hujusmodi. Debitori sub pignore [illegible] hæredes exstiterunt, singuli actione personali tenentur pro hæreditariis portionibus ex *12.* tab. hypothecaria in solidum, & ideo si unus solverit pro sua parte, tollitur quidem omni jure actio personalis, hypothecaria non item: Illa ergò non tenetur, hæc tenetur. Permanet enim propter divisam pignoris causam *l. 65. de evict.* Utramque sententiam refutavit *d.loc Don.* mihi prior displicet, *Cuj.* placet, & à *Donel.* impetitionibus defendi potest.

XIV,

Ad l.63. de ædilit. edict.

Ædilitium edictum non pertinet ad locationes.

d.l.63. ubi duplex rei ratio adsignatur: [illegible] quia ædilium [illegible] [illegible] fuerit jurisdictio. At [illegible] aliqua de re non est jurisdictio [illegible] recipitur, *l.11.l. 14. l. ult. de jurid.* 2. Quia non [illegible] locationes & venditiones fiunt In emptione n. & venditione par & habitionis & redhibition. ratio est. Tantundem n. à venditore habet emptor, quantum ab emptore venditor, cum pretium per æqualitatem quantitatis rē exæquet *l. 1.de contrah empt.* Itaq; ut contractus parem utriusq; rationem efficit: Similiter redhibitio quæ contractus rescissio, parem utriusq; statū efficit, utrumq. in integrum restituit, quasi neq; emptio, neque venditio intervenisset, hoc est, quasi neq; res à venditore, neque pretium ab emptore traditum fuisset, *l.23.§.7.l.6[illegible]. de ædil. edict.* At in locationis contractu dissimilis in utramq; partem ratio est. Nam neq; merces rem exæquat, neq; si redhibitio fieret,

par

par ex utraque parte ratio esset; [illegible] illius dom[illegible] hoc est, us utendi per quinquenn[illegible] vero vel nihil, [illegible] mercedem nondum accepisset, vel [illegible] i præro[illegible] accepisset, tamen quod redderet [illegible] quinquennio c[illegible] dum non esset. *Hotom. 4 obs. 17.*) Qu[illegible] o in venditionibus ne-cessitas ipsa edictum ædilitium expre[illegible] In [illegible] cum ab u[illegible] parte & rei & pretii dominum tr[illegible]ratur, nullo sanè remed[illegible] decepto emptori succurri potuit: non a[illegible]one empti; quia [illegible] ad rescissionem, sed ad imple[illegible]onem ea agitur. *l. 14. C. de r[illegible] v[illegible] l. 6. C. de act. empt.* At in locatione ex conducto experiri [illegible]-test conductor, ut si non opu[illegible] ei alia actione succurri, *l. [illegible] §. 6. de [illegible]n. inf[illegible]* Sed quid est, cur mir[illegible] ad locationes e[illegible] porrectum non esse, dixerit Ul[illegible] in *d. l. 63* an quod ii[illegible]dem regu-lis locatio & emptio constent *l. 2. de loc.* (*Cuj. 12. obs. 38.*) an quod ex vi & natura bonæ fidei r[illegible]d[illegible]io & empt[illegible] judicium ve-niat: *l. 11. §. 3. de act. empt.* (*H[illegible]tom. [illegible]*) ut [illegible]ic & ad locatione[illegible] porrigi potuisset. Utrumque [illegible] licet, non tamen ex [illegible] mente Ulpiani cum *Cu[illegible]a.* dub[illegible]veris. Cujus opinionem [illegible] confirmat *l. antepen. C. locat.* Licet enim vim juris tribuerin[illegible] ni-hil tamen obstat, quò minus locati actione locatori vel condu-ctori succurrendum statuamus. *d. l. 13. §. 6.*

XV.

Ad Rubr. tit. de usuris.

An usuræ jure divino licitè petantur?

Quæri hoc debet, ne dum in cæteris laboramus [illegible] illicitam occupati esse videamur Si enim lege di[illegible]na e[illegible] prohi-bitas esse dixerimus, frustrà Imp. constitutionibus e[illegible]-tur, cum humana edicta ne quidquam divini præjudicare pos-sint: Summa hujus rei dependet ex *Paulo Apost. 2. Cor. [illegible]* Non enim (inquit) ut aliis relaxatio sit, vobis autem oppi[illegible] Multis autem modis contingere potest, ut si usuras indi[illegible] prohibueris. mutuantes sibi ipsis, non exactis u[illegible] inc[illegible] sint. 1 Si pecuniam mutuanti reddere debuerat debitor certo tem-pore, is vero nō reddiderit, ac per hoc creditorem damno affe-cerit, an ne æquissimum erit, leniri hoc d[illegible] usurarum præ-statione?

ftatione? Quin etsi nullum damnum ob moram debitoris passus sit creditor, debitor verò ex mutuatione magnum fecerit commodum, annè iniquum, partem lucri ipsi decedere & creditori applicari? Quod ut dicamus, Dei justitiæ omninò consentaneum est, quæ vult, ut quæ nobis fieri velimus, eadem & aliis faciamus, *Matth. 22.* Unde nunc ad superiora faciiis & cuivis obvia de promitur cōsequentia. confirmant superiora *Levit. 25 vers. 36.* qui dum à fratre paupere, ut scilicet apud te vivere possit, usuram exigi vetat, per contrarium ab alio, & quidem locuplete exigere permittit. Cui præcepto elegans Ulp. sententia convenit in *l. 33. de usur.* creditor se non acerbum (inquit) exactorem, nec contumeliosum præbeat, sed moderatum & cum efficacia benignum, & cum instantia humanum. Idem præcipit Deus *Exod. 22. v. si pecuniam. 25.* ubi rectè textus Germanicus habet: Solt u jhn nicht zu schaden bringen *Deut. 15. pr.* cum similibus. Licita ergò est usura, non rodens proximum juxta *Psal. 15 Deut. 23.* licita & per conseq. earum stipulatio, nî se damnum passum debitor probare possit. Pium enim est hoc casu nihil inde sperare, juxta Dei mandatum *Lucæ 5.*

XVI.

Ad l. 3. C. eod.

Usuræ in strictis judiciis non nisi per stipulationem debentur.

1. *d. l. 3 l. 24 de præscript. verb.* 2. Usuræ debentur ex mora in b. fidei judiciis, *l. 32. §. 2. h. t.* E. in stricti juris negotiis ex ea denegantur. Quam ratiocinationem, nisi admittamus, inutilem hanc adjectionē bonæ fidei esse, fateri cogemur: quod eò absurdius fieret, quò melius veteres rei per se odiosæ obligationem, nisi magnâ cautione prævia, admittendum negarunt. Verum ut nostra quæstio maneat immota, ipsi limitationum quarundam tibicinibus succursum imus, statuendo, eam officium perdere suum, 1. in pecunia, quæ debetur civitatibus *l. 30. ff. h. t.* 2. in ea, quæ debetur argentariis. *N. 136.* 3. in pecunia trajectitia. *l 7. de nau. fœn.* 4. in frumento, tritico, oleo & vino mutuo dato. *l. 12. C. h.* In his enim omnibus ex pacto debentur usuræ ob

rationes speciales, videlicet utilitatem, necessitatem & alias. His limitationibus attentis, nihil nobis facessent negotii dd. ll. quæ aliàs hic opponi solent Diss. *Coras. 2. Miscel. 7.* per *l. 35. ff. h. t.* Sed ea lex intelligenda est hoc modo: quod nimirum lite contestata usuræ deberi non desinant, si ante litis contestationem promissæ sint. Non obstat *l. 4. & l. 22. C. h. t.* quia usuræ ex nudo pacto debentur naturaliter *l. 5. de solut.* cujus effectus est, ut per retentionem pignoris retineri & servari possint, modò in usuras pignus acceptum est.

XVII.

Ad l. 6. 9. 19. C. eod.

Sola oblatio cursum usurarum non inhibet, sed insuper requiritur consignatio & depositio.

dd. ll. & l. 9. C. de solut. l. 20. C. de pignor. l. 2. C. debitor. vend. pig. imp. non posse l. ult. C. de luit. pig. l. 18. inf. de admi. tut. & alis locis similibus propè innumeris. Et hæc tria, oblatio nimirum, consignatio & depositio exiguntur à debitore, cum creditor præsens est, cui pecunia offerri possit, qui si abfuerit, magistratus interpellabitur *d. l. 6. C. h.* ut eo præsente pecunia offeratur, deinde obsignata ejus auctoritate deponatur. Hæc sententia comm. à Dd. adprobata est: ipso *Molin.* teste, quem tamen ab illis dissentientẽ mox allegabimus. Confert a. hæc, de qua nos loquimur, oblatio debitori hoc commodum, ut ab eo amoveatur omne periculũ, usuræ interpellentur, & ab accessionib. iis liberetur, eaq; omnia consequatur, quæ in *d. l. 19. C. h.* exprimuntur, quib. insperfa & pignorum liberatio, quã sola oblatione contingere negamus ex *d. l. 20. C. de pig d. l. ult. C. debit. vend pig. d. l. ult. C. de luit. pig.* Non obstat. *l. 6. §. 1. D. quibus mod. pig solv.* ubi pignus is liberare dicitur, qui solvere paratus est. Resp. n cum *Don, ad d. l. 9. C. de solut. n. 11.* verba illa cũ effectu esse intelligẽda, id est, ita paratũ esse oportere debitorem solvere, ut creditor accipiat, aut eo recusante, pecuniã obsignet & deponat. Tum enim obsignatio pro solutione erit, non verò oblatio sola. Variè diss. *Molin. n. 296. & seqq. multis.*

XVIII.

Ad

Ad l. Mora 32. de uſur.

Debitorem in mora conſtitui, unica interpellatione extrajudiciali, arbitramur.

In quo ſequimur communem Dd. Scholam, (*v. Menoch. de arb. jud. quæſt. caſ. 220. n. 26.*) & uſum forenſem (*Gæd. c. 11. de contrah. ſtip. n. 66. Teſſaur. deciſ. 212. n. 2.*) & noſtræ adſertionis fundamenta ſeqq. adducimus: *d. l. 32. & l. §. 1. l. 23. l. 122. §. Seja. de V. O. l. 87. §. 1. de leg. 2. l. 3. §. Quod vi aut clam. l. 13. §. 1. de nov. oper. nunc.* qui textus ſinguli utuntur numero ſingulari, & interpellationem, non interpellationes exigunt. Debitor enim ſemel certior factus, amplius non eſt certificandus, *arg. l. 1. §. ult. de act. empt. c. cum qui de R. J. in 6.* Opp. Imò certus eſt, adhuc certificandus, quia incitatoria eſſe debet admonitio, teſte Br. *in d l. 1. §. ult. de act. empt.* Reſp. id procedit, cum ab alio, quàm ab ipſo creditore jam facta fuit certificatio, ut declarat *Alex. in l. 2. n. 12. D. ſolut. matrim.* referente *Menoch. d. loc. n. 28. in f. 2.* Obſt *d. l. mora. §. 1. inf.* ibi omiſſa debiti repetendi inſtantiâ. R. vocem ſufficit in *d. §. in pr.* non negatè, ſed affirmatè capi. 3. Obſt *l. 38. de minor. l. 122. § coharedes. 3 de V. O.* ubi proponitur, creditores ſæpiùs teſtato conveniſſe debitorem. R. Id magis facti eſt, quàm juris. *Don. c. 4. de mora inf.* Adeo autem interpellationi favemus, ut ne quidem juramenti interventionem illius ſubire vices poſſe, contra *Menoch. d. loc. n. 21.* ſtatuamus. XIX.

Ad eandem.

Ex irregulari morâ, quam dicunt, hanc quæſtionem depromere lubet: An promiſſione in diem collatâ, diei lapſu ſolo, abſque interpellatione mora committatur?

Negant id quidam, interpellationem nimirum & hoc in caſu efflagitantes, per noſtram *l. 32. l. 26. de condit. inſt. l. 127. de V. O.* Adjectionem enim diei in promiſſoris fieri commodum & favorem, *l. 41. §. 1. inf. de V. O.* in cujus odium detorqueri non debeat, contra *l. 6. C. de R.* Sed negantium veſtigia & hic premere

nos cum communi jubent *l. 12. C. de contrah. stip. l. 59.* & *l. 60. de V.O.* quæ diem pro homine interpellare firmiter adstruunt. Et sanè absurdum videtur, nostræ quæstioni interpellationem necessariam esse statuere, cum tamen eosdem effectus, cessatio hæc, cui dies solvendi præmissa, nulla monitione prævia pariat, quos interpellatione contracta mora producere solet. *vers. Robert. 2. sent. 17.*

XX.

De purgatione moræ.

Reo purgare moram ad litem usque contestatam, cum in obligationibus dandi, tùm faciendi, integrum esse, dicimus.

Tametsi quæstio hæc, ut & tota de purgatione moræ tractatio, obscura videri, nec omninò proclives aut faciles explicatus, ut verbis utar Ciceronis, habere soleat: nobis tamen cum *Donell.* affirmativa placet, *ob l. 84. de V. O. l. 17. de constit pec l. 135. §. 2. ejusd. de V. O. l. 13. Judic. solv.* Quoque mora ante litem contestatam purgari queat, sine dubio receptum est in obligationibus faciendi. Pecunia enim petita ob non factum opus, post litem contestatã, præter pecuniam in judicio nihil versatur: unde fit, ut opus faciendo, nempe aliud pro alio solvendo, debitor non liberetur, *d. l. 84. de V. O.* In dandi verò obligationibus etiam post litem contestatam, re oblata purgari moram nonnulli opinantur, cum eadem res hîc debeatur post litem cõtestatam, quæ antè, ut non possit dici reus, cum eandem rem offert, alterius retractionem auferre creditori. Quam rationem sufficiẽtem esse negamus: quia judicio accepto multò plura incipiunt deberi quàm ea res, quæ petita est. Omnis enim causa venit in judicium, id est, fructus, partus & alia commoda adjuncta, *l. 2. de usur. l. 31. D. si cert. pet. & l. sumptus li. u. 79. de judic.* Opp. *§. ult l. de perp. & temp. act.* quo nonnulli probare volunt, reum post litem contestatam rem petitam offerendo, purgare moram. Verùm nos, aliud locum nullum, id quod volumus, probare magis, quam hunc ipsum §. certò persuasum habemus. Licet enim debitor actori sa-

tisfaciendo,id est,rem & damna litis præstando, officio Judicis absolvi debeat,*d.§.ult.*nisi tamen, vel secundum ipsam regulam d.§.Judicis officio reus absolvatur, meritò creditor negabit, se quicquam sine Judice accepturum à reo: semel quippe lite susceptâ rem se totam Judicis arbitrio commisisse. Opponi etiam solet *l.3.§ ult.cum seq.D. judic.solv. l.15. de except. doli in l.5.de publican.*ad quæ resp. *Donellus.*

XXI.

Ad l.5.de naut.fœnore.

Obscura hæc lex est,quam post tot tantosq; viros,sic breviter explico; *Periculi pretium est*, hoc est, pro periculo hæc merces est,*etsi conditione quavis pœnali non existente*, hoc est,nulla adjecta fuerit pœnalis conditio,ut in sequentibus, si dixero, ut manumittas. Ea enim non existente conditione, pœnalis est non implenti, *recepturus sis, quod dederis, & insuper aliquid præter pecuniam, si illud in aliam speciem non cadat.* Sensus est periculi pretium esse, licet aliquid ultra datum receperis,modò non in aliam contractus speciem transeat,qualis est ea, *ex quibus conditiones*, hoc est, repetitiones *nasci solent*, ut si dedero ut *manumittas.* Si enim non manumiseris, competit condictio causâ data, causâ non secutâ *Sic si non illud feceris, & si per te stet, quò minus convaluero.* His casibus nulla est merces periculi, cum neque illud aliquid,neque eventum incertum,nisi ex tua voluntate,habeat,ideò& mihi per condictionem mea res salva esse poterit *nec dubitabis&c.*hoc est, nullum dubium est, non incidere in aliam contractus speciem, quia merces periculi sit. *Si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniæ dedero*, vel *si athletæ*,ut sese præpararet & ostentaret in certaminibus. Nec hoc casu conceditur repetitio, ut maximè piscator nihil ceperit aut athleta victor non exstiterit,quoniam sub hac conditione illis data est, ut ille si cepisset, ultra datum redderet;hic verò si victoriā reportasset. Et propter hunc dubium eventum pactum quoque circa stipulationem sufficit. *l. 7. h. t.*Et ita mihi videtur:si minùs rectè,adeant Domini *Cujac. 9.obs. 28. Hotom.1.obs.12. Forcatul. de mora pag. 63. Donell. Borch. de naut. fœn.*

XXII.

Ad fin. C. de probat.

Probatio tam in criminalibus, quàm in civilibus locum sibi vindicat, ne neganti probatio injungatur.

d. l. fin. l. 4. C. de edend. Sichard. ad rubr. C h. t. & ad l. 23. eod. Nam quò majus periculum intenditur reo, eò magis ei consulendum, *l. 1. §. Sed & si quis. de Carb. edict.* I. Obst. *l. 22. C ad l. Corn. de fals.* R. Ibi ex eo, quòd dicitur, in crimine falsi caveri judicem soli accusatori non indicere necessitatem probandi, non colligitur, necessitatem probandi indicendam esse reo. Neutri enim (ut ex eo rescripto liquet) ea necessitas indicitur. Sed placet illic, judicē se gerere debere inter accusatorem falsi & reum, ut medium quendam, qui utramque partem interroget. Quod eò spectat, ut judex dissimulando si quid quærat, facilius investiget veritatem, Non verò eò pertinet, ut si actor fortè non probabit, judex debeat reum condemnare, nisi ipse probaverit. II. Obst. *l. ult. C. de abolit.* ubi dicitur, judex non minus accusatorem ad probanda, quæ dicit, quàm reum ad purganda, quæ negat, urgere debet. R. aliud est, urgeri reum ad purgandum quod negat: aliud urgeri ad probandum quod negat. *Probare* est idoneis modis ostendere quod dicitur. *Purgare* est excusare & reddere rationes, cur aut quo animo illud aut illud feceris, *l. 5. in pr. de publ. judic.* Is qui reus factus est, purgare debet innocentiam, ut existimare possit judex, quid veri sit aut falsi ut postea statuat, quid sibi probatum existimet: Non autem ut reum, qui negationem non probavit, condemnet. Hæc autem indagatio purgationis in illis criminibus, de quibus illic agitur, ideò requiritur, quia propter gravitatem criminum jubetur major indagatio criminum fieri, *d. l. 22. C. ad L. Corn. de fals.*

XXIII.

Ad l. 12. de testib.

An ob semiplenam probationem deferri possit juramentum.

Negat

Negat *Duar.2.disp.33* & post eum *Don. c. 11.n. 4. de jurejur.* utuntur h. dilemmate: Aut actor probat, aut non probat: priore casu vincit sine u'lo jurejurando. *l. 9. C. de O. & A.* posteriore casu reus absolvi debet ex regula *l. 4. C. de edendo.* R. communiter Dd esse medium quoddam, cum scilicet actor neque omnino probat, neque nihil, sed semiplenè. (*Sichard. ad l. 3. n. 11. & 12. C. de reb. cred.*) Regerunt *Duar. & Donell.* paria esse non probare, & imperfectè probare, *arg. l. 6. ff. qui satisd. cog.* quia cum lex exigit, probationem, hoc de justa & legitima probatione accipitur, *l. 3. pr. d. l. 12. h. t. l. ult. C. de prob.* Verùm nihil hoc officit, officeret, si semiplenam probationem sufficere diceremus: at quoniam ea per se inefficax est, ideò ad suppletorium hoc juramentum recurrendum erit. Et eò omnia illa spectant, quæ multis d. loco persequitur *Donel* Et fit hoc pro recepta Dd sententia argumentum: Juramentum necessarium deferri potest, ubi inopia probationum est, *l. 3. C. de reb. cred.* Ea autem tùm vel maximè est, ubi unicus adest testis, cujus dictis ita animus Judicis instructus est, ut jam in causam actoris propendêre videatur. Atqui dices, ex duobus imperfectis fieri non potest aliquod perfectum. *l. 15. §. 11. de excusat. tutor. l. un. C. qui nom. tut. se excus.* E. neque ex semiplena probatione, quæ imperfecta est, & juramento quod ipsum etiam imperfectum est, plenè fieri potest probatio. R. *Sichard. ad l. 3. n. 12. C. de reb. cre.*

XXIV.
Ad l. 19. ff. eod.

Leve hoc est, quod notamus: Sed quia neq; Alciat. neque Budæum puduit, textum emendare, fraudi nobis esse non poterit, si ex *Livio* sartum tectumq; eum conservaverimus (vide etiam *Cujac. 2 observat. 23 in pr. & Ravard. lib. 5. c. 4.*) Vult *Ulp.* invitos testimonium non dicere, qui quod exercitui præbendum conduxerint. Substituunt illi *præbenda*, quia passim apud bonos auctores *præbenda*, non *præbendum*, reperitur. Quæ substitutio supervacanea, imò inepta est. Non enim simpliciter JC. dixit, qui præbendum conduxit, sed, *qui quod præbendum*. Duorum igitur alterum fieri oportet, si pro *præbẽdum præbenda* substituere velis, ut aut particula *quod* penitùs expungatur, aut *Ulp.* barbarismi insimuletur:

tur: quorum hoc insulsum, illud sine ratione est. Et ne hoc [illegible] ne autore dictum putetur inspiciendus est *Livius lib. 9. Decad.* [illegible] *fin. vers. dum hæc Consules diversis regionibus agunt &c.*

XXV.

Ad l. 25. eod.

An Advocatus in ea causa, in qua testimonium dixit, testis esse possit?

Negat *d. l. 25. h. t.* Qui enim depositum inficiatur, eum meritò pro malo impioq; habemus. Cliens autem quidquid in causa sua secretum & arcanum novit, id omne Advocato credit & penes ipsum deponit. Et id quidem depositum tantò sanctius asseri debet, quantò ea omnia, quæ ad famam & existimationem nostram attinent, pecuniæ omnis æstimationē excedunt. Quod ipsum prudenter Decem viri in 12. tabul confirmasse videntur (*Gellius 5. noct. Attic. 13.*) *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.* Et optimus Poëtarum: *Pulsatusvè parens & fraus innexa clienti.* Cùm patrono summam aperiemus fenestram, si ei contra clientem, odio forsan ducto testimonium dicere permiserimus. Verum quia vel maximè veritatis prolatio Advocatū decet, neq; [illegible] mendum sit, in transversum odio iravè eum facilè rapi cū [illegible] que à viro bono alienū sit, cujus hæc præcipua & proxima [illegible] laus, ut veritatem proferat, nec infami reticentia celet: ideò [illegible] communi sic statuimus, ut quidem Advocatus à cliēte in testem produci nequeat ex ea, quæ inter clientem & patronum contrahitur, amicitiâ, ut in non dissimili causa hanc rationem verè & eleganter subjicit Imp, *l. 6. l. fin. circa fin. C. de adsessor.* Ne ille [illegible] adfectionis suæ memor, incorrupti Judicis personam ac nomen sustinere non possit. At si cōtra clientem producatur, nulla ratione testimonii dictionem detrectabit, cum omnes, etiam [illegible] ad testimonium dicendum cogi possint, *l. 19. C. h. t.* nec nisi magna cum fraudis suspicione à cliente admissæ, quam Advocatus detegere velit, testimonium subterfugeret (*Soaretz* cum allegat *in thesaur. recept. sent. v. Advocatus.*)

DISP. X.

DISPUTATIO DECIMA QUINTA.

RESPONDENTE

JOHANNE SIGFRIDO LUBENO Silef.

THESIS I.

Ad l. 2. de rit. nupt.

IMpium eſt adſerere ſine conſenſu parentum nuptias conſiſtere.

1. Quia exempla divini juris id ſuadent, ut Samſonis 14. Judic. Tobiæ junioris. 6. Tobiæ. Iſaci Geneſ. 24. 2. quia præcepta literarum ſacrarum id mandant Exod. 22. Paul. 1. Corinth. 7. quo ſpectant infiniti loci honorem parentibus præſtandum ingeminantes Exod. 20. Matth. 15. Epheſ. 6. accedit Poëtarum authoritas Virginitas non ſola tua eſt (ait ille) ex parte parentum eſt. Altera pars matri, pars eſt data tertia patri, Hermion in Andromacha Euripidis, Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς μερίμναν ἕξει καὶ οὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε. Confirmant infinita JCtorum reſponſa, *l. 2. l. 35. de rit. nupt. in princ. Inſt. de nupt.* ubi notetur duplex ratio, & civilis, & naturalis, & ibid. explicat Theophil *l. 8. 7. C. de nupt. l unic. §. 1. verſ. oportet. C. de rapt. virg. l. Paulus 11. de ſtat. hom.* & ratio certa aſtipulatur, iniquum enim invito ſuum hæredem agnaſci *§. ſed ſi quis. 7. Inſt. de adopt.* Sunt qui hæc omnia de honeſtate, non etiam neceſſitate concedunt, quod etſi admitteretur, faterentur tamen, per hoc conſenſum omninò requiri, cum ea, quæ non honeſtè poſſumus, poſſe non cenſeamur, quæ regula maximè in nuptiis obtinet, *l. 197. de R. J. §. ſed ſi uxor. 9. ibid. Dd. Inſt. de nupt.* *Quod idem num de jure Canonico dici poſſit?* Aff. *c. aliter 30. q. 5. c. non omnis. c. honorantur. c. hoc ſanctum. 32. q. 2.* præſertim cum Pontifices ſe ſacram

Ff nor-

normam ubique sequi protestentur, juxta quam *ut Apostol. 1. Corinth. 7. testatur* solis parentibus potestas tribuitur contrahendarum nuptiarum. *Duar.c.2.de nupt.*.

II.

Ad l. 5. eod.

An deductio in domum Sponsæ necessaria sit?

Affirmare videntur, *l.si uxor.* §. *si minor.ff.ad l. Jul. de adult. l. quæsitum.ff.de Sponsal.l.2.in fin de privil.creditor.l hac conditio. de condit.& demonstrat l.si ut certo.§.interdum.ff commod. l. dotis promi... l. cum post.§.in domum.de jur.dot.d.l.5.6.de rit.nupt. l.2. de his qua ut indig.* vir absens, ait *Paul.2.sentent.20.* uxorem ducere potest. fœmina absens nubere non potest, cujus differentiæ hæc est ratio, quod in absentis domum, uxore à parentibus ejus vel amicis deducta, nuptiæ celebrari possunt, quod idem fieri non potest, ubi à viri domo uxor abest. Negant econtra *l. Seja. de donat. inter vir.& uxor.l si donationum.C.de nupt l.30.de R J.* unde & Justin. in § *sui autē.Inst de hered.quæ ab intest.defer.* legitimam uxorē ea esse dicit, quæ affectione maritali habetur, ejusmodi affectione idem quoq; nuptias fieri definit in *Novell.22.* Conciliatio horum locorum petenda est ex *lib.1.Instit.Caj.tit.5.* Legitimę (inquit) sunt nuptiæ, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus, vel consensu ducat uxorem, ille contrahendi modus solemnis erat, hic minus. Ergò affirmantes leges ad priorem modum, negantes ad posteriorem referendæ erunt.

III.

Ad l.17. in fin. eod.

Obscura quæstio est. Num materteram vel matrem patris adoptivi ducere liceat, & non licere ex observata Priscis Romanis in nuptiis relligione videtur tradere JCtus.

in l. qui in adoptionem. 23. de adopt.l per adoptionem. 17. de ritu nupt. ne videlicet, qui filius est adoptione, idem maritus esse in...

cujus

cipiat conjugio, cum fœda & abominanda sit confusio, eandem personam duas tam contrarias relationes, & necessitudines sustinere, quæ ratio videri potest *Justin. in §. item amitam. 5. de nupt.* quod tamdiu verum esse Cajo placet *in l. 55. de rit. nupt.* donec in familia patris adoptivi sim, si enim emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias, sc. quia post emancipationem extraneus esse intelligor, quod tamen non sine scrupulo dictum putari debet. cum enim uxor quondam patris adoptivi in uxorem duci nequit, *l. 14. de rit. nupt* ea sc. ratione, quia novercæ locum habet, multò magis matrem ejusdem, ne quidem dissoluta adoptione duci posse consequens videtur, quia aviæ penè loco fuit, quo argumento moti *Cujac. 23 obs 36. Hottom. amicab. resp. 1. c. 10.* diversimodè textum *d. l. 55.* corrigunt, & sanè qui non præfractè juris certissimæ rationi corruptam lectionem præferre velit, is mihi concedat necessum verbum MATREM *in d. l. 55.* abundare. 1. quia *d. l. 23. de adopt.* confert uxorem & matrem patris adoptivi. Ergò ut nec illa, *d l. 4. h t.* sic nec hæc duci poterit. 2. quia Justinia. *§. ergò non omnes Inst. de nupt.* prohibitionem eandem inter parentes adoptivos, & naturales statuit, etiam dissoluta adoptione. Mater ergò in uxorem duci nequit: Matertera demum dissoluta adoptione, quicquid contra disputet Hotoman.

IV.

Ad l. 13.

An ratihabitio in nuptiis sibi locum vendicet? N.

Est quidem satis tritum illud, ratihabitionem mandato comparari *l. fin. C. ad Senatusconsultum. Macedon. c. ratihabitio de R. J. in 6. l. semper 60. ibid. Petr. Fab. de R. J. Bartolus in l. Pomponius de negot. gest.* illudque quod actum est retrotrahere. *l. 4. 5. C. de pign. act.* verum regula eo officium suum perdit in iis actibus, in quibus lex pro forma mandatum & jussum requirit, à legis namque expressa forma recedi non potest, unde nec post tempus interposita tutoris authoritas quicquam agit. *§. tutor Inst de auct. tut. l. 9. eod.* nec parentum ratihabitio sufficit. 1. quia *princ. I. st. de nupt.* requirit, ut parentum consensus

præcedat, at notum eſt, ubi quid pro forma requiritur, non poſſe per æquipollens expediri. 2. quia ſi contra mandata quis contraxerit matrimonium, ſi poſt depoſitum officium in eadem voluntate perſeverat, juſtas nuptias effici, & ideò liberos poſt genitos ex juſto matrimonio legitimos eſſe reſpondit *Paul. in l. at qui 66. de rit. nupt.* innuens per contrarium, ante natos legitimos minimè eſſe, qui tamen ratihabitionis effectus, contrario poſito eſſet. 3. quia in ſpecie *Paulus 11. de ſtat. hom.* mortuo avo nati nepotes legitimi non ſunt, cum tamen conjugium, utpote inter homines ſui juris nunc exiſtens valeat. 4. probat ſic poſita ratio JCti *in l ſi uxor. 13. §. ſi quis 6 ff. ad l. Jul de adult.* Jure viri accuſare adulterii non poteſt ea, quæ antequam nuberet adulterium commiſit, verum ea, quæ patre diſſentiente nupſit, etſi cum alio concumbāt, à marito jure viri accuſari nequit. Sequitur ergò ratihabitioni nullum ſuper fore locum. Opponit *Accurſ. ad d. l. ſi* *11.* quod ex concubinatu, ſuſcepti liberi per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur *l. cum quis C. de natural. liber.* verum ut idem rectè reſpondit. Concubinatus jure licitus eſt, *tot. tit. de concub. ff.* nuptias autem contra voluntatem parentum contrahere illicitum: econtra. 2. opp *l. 5. C. de nupt.* ſed ea nihil ad propoſitum facit, loquitur enim de tacito avi conſenſu, qui in favorabilibus expreſſo comparatur, *l. 7. de ſponſal. gloſſ. ad d. l. 5.*

V.

Ad l. 19. eod.

Filius exhæredari poteſt, qui invito parente nuptias contrahit.

Modo 25. annum nondum compleverit juxta *Novell. 115. c. 3. §. ſi alicui. verſ. ſi verò ∗g.* poſt eam enim ætatem nuptiis ejus invidus parens præſumitur, ſi conditionem quærere ei honeſtam detrectaverit *d. l 19 h. t.* Communiter quidem in filia id permittunt, non etiam in filio. Malè. 1. quia § *ſi adverſus ea Inſt. de nupt.* dicit contrahentes nuptias injuſtas ſubjacere pœnis non publicis. Ergò privatis, h. e. exhæredationi, quæ definitio generalis eſt. Ergò & generaliter intelligenda, *arg. l. de pretio. de publ. in rem act.* 2. probatur ex fine exhæredationis, quæ ob eum introducta

cta est, ut injuria privata parentibus illata vindicetur: utq; inficientes damnum parentibus, debitamq; obedientiam denegantes coerceantur. At filius se ipsum quodammodo subtrahendo patri, non minus graviter eum lædit, quàm filia. Ergò. 3. quinimò major ratio exhæredationem filii quàm filiæ suadet, illc enim patri invito suum hæredem obtruderet, at non hæc, § *final. Inst. de nupt.* quæ vel præcipua ratio est requisiti in nuptiis liberorum consensus, nec in contrarium movere debuerat, *Dd. d. Nov. 115. c. 3* nam etsi saltem filiæ mentionem faciat, nihil tamen obstat, quo minus & illud ad filium ex paritate vel majoritate rationis trãsferamus: præsertim & eo accedente, exemplis regulam non constringi.

VI.

Ad l. 30. eod.

Vitiatam ab alio ducens repudiare potest.

1. quia simulatæ nuptiæ nullius momenti sunt *d. l. 30. h. t.* at nuptiæ cum vitiata contractæ tales sunt, ut nervosè prudentiss. Leo Imper probat *in Nov. 93.* (cujus Novellæ quatenus juri non adversantur, & casum eo non decisum continent omninò recipiendæ sunt) quomodo enim (inquit) vera sponsalia sunt, in quibus nihil verum, nihil genuinum conspicitur? ubi meretricium sese offert scelus, ubi causæ sunt dissidiorum & odii, ubi animorũ alienatio, quomodo ibi matrimonialis cõcordia, quomodo purus sponsalisq; est amor? &c. altera argumentatio desumitur ex *l. ex empto. 11. § si quis virginem. ff. de act. empt.* ubi emptio rescinditur ob eam causam, si mulierem corruptã pro virgine per errorem emerim, quod si in contractu emptionis permittamus, quantò magis in matrimonio illud dicendũ erit, nec enim debet excellentia matrimonii mensuram à rebus venalib. capere, quæ abdicari à nobis possunt pro libitu, nec vilis mãcipii persona, cũ persona uxoris conferri ulla ratione potest vel debet. 3. Error in substantia vel ex omniũ sententia matrimonium vitiat *l. 30. de R. J.* At in proposito error in substantia est, quia de matrimonii substãtia sic est castitas, ut dissolvi illud adulterio certum sit. *Matth. c. 5. & 19* ex quo nunc quarta probatio oritur, quia adulterio matrimonium contractũ dissolvitur, faciliùs sanè & longè justius non

contractum impedietur, quoniam, *ut Dd notant.* leviori occasione quid prohibetur, ne fiat, quam ut factum dissolvatur, & ne longiùs excurrat oratio, satis id voce divina probatum est, *Deut. 22.* quæ mandat, ut mulier, quæ se pro virgine elocari passa est, afficiatur supplicio capitali, nî dixeris, leges politicas seu forenses Mosis nos non obligare, quod quidem ita dices rectè, at interim de Dei voluntate nobis severa constat, quàm si in hoc casu jure civili non deciso sequuti fuerimus, vix est ut à veri scopo aberrare dici mereamur.

VII.

Ad l. profectitia 5. de jure dotium.

An filia locuples, (a) emancipata (b) naturalis, (c) à patre dotanda? Nego.

(a) Cessante enim ratione legis, cessat & ipsa lex, in filia autem locuplete ratio dotem inducens cessat, quæ à Paul. *in l. 2. h. t.* assignatur, in facilitate nubendi, cum illa suis satis effulgeat nummis, ut supervacaneum in hoc casu noctuas (ut dicitur) Athenas h. e. dotem præstare. Deinde ad officium paternum pertinere ait *l. final. C. de tot. promiss.* quæ autem officii sunt, minime ad obligationis necessitatem pertinent *l. in commodato. §. [illegible]. commod. 3.* constat alimentorum favorem non minorem esse, quàm dotium. Imò major mihi videtur, cum sine iis nemo superesse diu poterit. *l. 4. de agnos. vel al. lib.* sine dote vel maxime [illegible] Solonis & Lycurgi legibus cautum fuerit, virgines sine dote elocandas esse. *Plutarch. in vit. Solon. & Lycurgi.* nunc autem juris [illegible] est, patrem nullo cogendum modo filiæ locupleti alimenta præstare, *l. 5. §. si filius. 7. de liber. agnosc. vel al.* non igitur & dotem præstare. 4. *per l. mulier. §. cum præponeretur ad SCtum Trebell* (argumenta dissentientium habet Guibert. *tract. de dot. h. c. 3.*)

(b) quia jam extranea est. 2. quia penitius inspecta [illegible] tandi ratio *l. si pater 44. de jur. dot.* facilè hanc sententiam [illegible] 3. quia res nomine filiæ emancipatæ patris voluntate [illegible] à patre videntur datæ *l. si res 51. h. t.* opponitur *l. 5. §. 11. h. t.* R[illegible] rum ad hoc, ut dos dicatur profectitia, si scil. eam præstiterit parens, nos autem de necessitate dotandi quærimus.

(c)

(c) *l.uxorem. 41. §.pater naturalis. de legat. 3.* quia successionis ab intestato est expers *l humanitatis.de natur.lib.* exceptis duabus unciis, quas illi novella constitutio, cum legitima soboles deest, concessit, *Auth licet.C.eod* Ergò multò magis doti, cum successio ei natura debeatur *l.cum ratio 7.ff.de bon.dam.* dos minimè *l.1.2.h.t. Plutar.in vit.Solon.& Lycurg.(Guib.d.c.3.n.19.)*

VIII.

Cur dotanda est soror, cur non à filio mater?

An quia in matre satis odiosum iteratum matrimonium leges reputent, in sorore verò favorabile? *arg.l.1.de jur.dot.* in matre item incontinentiæ signum tędas priores secundis nuptiis funestare? *l.tutor §.2.de administrat.tut.* displicet, putarem itaq; contra Dd. ne quidem sororem dotandam esse. 1. quia id nulla lege præcipitur. 2. quia nec mater cogitur dotare filiam *l.neq; 13.C.h.t.* quæ tamen ei conjunctior est, quàm frater. A filio tamen matrem dotandam statuo. *Auth.si pater C.divort. facto, &c.* ubi locupletes filii tenentur alere matrem. 2. quia ratio *l.1.C.de alend.liber. l.12.§.1.vers.quis enim.qui potior.in pig.* id suadet.

IX.

Ad l. 6. eod.

Si filia superstitibus liberis in conjugio moriatur, dos à patre profecta penes maritum manet.

1. quia in pari causa melior est conditio possidentis: causa autem, cur patri dos reddenda est. 1. statuitur in amissione filiæ & luctu patris *d.l.6.in pr. h. t.* at liberi amittunt matrem (quod nomen desiderabilius est, majoremq; aut saltem parem ex ejus morte luctum capiunt. Et per consequens, &c. quia dos est proprium patrimonium filiæ *l 3.§.sed utrum.ff. de minor.* ideoq; ad liberos, tanquā proximiores hæredes pertinere debet. *Novell. 118.c. 1. 3.* quia *in l.fil. usfam.17.ff.ad SCtum Macedon.* dicit mortua in matrimonio puella patri repetitionem dotis dari, puellam autē eo

loco

loco interpretari debemus eam, quæ liberos nunquã habuit, ut *in l.uxorem.41.§.Testamento de legat. 3.* ut sic argumento sit probabili, aliud juris in ea statuendum esse, quæ liberos habet. 4 quia valet pactum, ut filia superstitibus liberis mortua, dotis certa pars parti restituatur. *l.pater de pact. dotal.* quod sanè pactum supervacaneum foret, si ex dispositione juris communis dos ad eum reverteretur. 5. quia *l. unic. §.illo procul dubio C.de rei uxor act[illegible].* statuit mortua in matrimonio muliere dotem illius hæredibus quæri, cujusmodi liberos esse constat ex *d.Novell.118 c.1.*(*Fab.1.conject.16.Duar in l.48.solut.matr.* opponitur locus Ulpian. *ex tit. 6. de dotibus.* Mortua (inquit) in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in [illegible]tum relictis penes virum; verum Anianismum sapere, vel ex eo constat, quod nullibi in jure earum quintarum mentio fit, nec eas tangi dixeris *l.unic.§.sileat 10.C. de rei uxor. act.* quia longè alio casu loquitur, non mortis scilicet, sed divortii. (Dissentientium plura argumenta habet *Guibert.cap.6.n.3. de tot.*)

X.

Ad l. 21. eod.

Pactum de dote non esse legitimum rectè Conano visum est.

Non enim est nuda conventio, cujusmodi generis esse constat acta legitima, sed præter eam & causam habet, dos enim promissa non debetur, nisi nuptiis secutis *l. 3. d. l.21. h. t.* item nisi pro oneribus matrimonii, quæ maritus sustinet *l. pro oneribus C. h. t.* aut igitur nuptiæ secutæ sunt, & dabitur actio non ex pacto, sed ex contractu, quia res secuta est, h. e negocium causam habet, ex quo genere facti in omni alia causa jure civili est [illegible] *l.divisionis ff.de pact. l.ex placito C.de rer.permutat.* Aut nuptiæ secutæ non sunt, & dos non debebitur, nec maritus dotem exigere poterit, quia pactum dotis hanc habet vel expreße vel tacitè subintellectam conditionem. *Si nuptiæ fuerint secutæ d l 21.h.t* (*Conan. comment.3.* quem sequitur *Donell.ad l.19.n.11.C.de pact.*)

XI.

Ad

Ad l. 42. & simil. h.t.

Sitnè mariti, vel uxoris dominium dotis?

Res decidenda est *ex l. in rebus, 30. C. de jur. dot.* ut scilicet Maritus sit & habeatur legis authoritate constante matrimonio dominus. Mulier verò communi & naturali jure permaneat. 1. qui maritus instituit rei vindicationem *l. dotis ancillam C. de rei vendic.* quæ necessariò vel civile vel naturale præsupponit dominium *l. 23. in prin. de rei vend.* 2. quia manumittere potest servos dotales *l. 1. C. de serv. p. g. dat. junct. l. final. C. de reb. alien. non alien.* manumittere autem servos solius domini est, *l. si non proprietatem, C. de his quia non dom. man.* 3. quia jubet adire hæreditatem. *l. servus ff. h. t.* & rei dotalis accessionem habet, *l. 13. §. in dotem. 6. de adq. posses.* dicunturq; res in bonis ejus esse *l. 7. §. 1. ff. de jur. dot.* usq; adeò, ut uxor prædium dotale vendere non possit, *l. si prædium 23. C. de jur. dot.* quæ omnia dominium mariti urgent. Econtra hæc sequentia negant, 1. quia maritus restituit thesaurum, quasi in alieno inventum *l. 7. §. si fundum. 2. ff. solut. matrim.* 2. quia si dolo vel culpa mariti res dotales intercidant, vel deteriores efficiantur, ab eo omnia detrimenta præstari debent *l. etiam § 1. ff solut. matrim. l. in rebus ff. h. t.* quæ non præstat in rebus suis dominus. 3. quia uxor partus dotalium ancillarum, quæ æstimatæ non sunt, & quæ servi dotales acquisierunt, actione ex stipulatu consequitur *l. unic. §. cumq; ex stipulatu. C. de rei uxor. action.* hæc & simil. à marito denegant dominium dotis; uxoriq; attribuunt, verum superiora attenta distinctione facilè hæc inter se componentur, ad quam proximè accedit Boet. lib. 6. comment. Top. Cice. Dos (inquit) licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris jure, & post divortium velut res uxoria peti potest, (*vide Corras. 6. miscel. 20. Conan. 8. comment. 9. Guibert. c. 5. de dotib.*

XII.

Ad l. 54. eod.

Res quæ ex dotali pecunia sunt, comparatæ dotales esse videntur.

d. l. 54. h. t. est quidē notum satis illud, quod ex pecunia mea emitur, meum non esse, quia non propriè ex re, sed propter rem

 perci-

percipitur *l. 21. de hered. vel a.t. vend.* [illegible] tamen axioma [illegible] favore dotium in nostro casu perdit quemadmodum [illegible] tibus, *l. 8. C. de rei vindic.* & minoribus *l. 3. C. arb[illegible] [illegible]-cto, vers. planè si ex eo pupillari ff. de pecul.* quod in mulieribus [illegible] magis dicendum erit, cum iis non solùm personæ fa[illegible] riotibus, sed & rei, hoc est, dotis auxiliari debe[illegible], *arg. l. 2. ad [illegible] Vell. l. 4. C. de sponsal. l. 1. de jur dot. l. 1. ff. solut. matr.* atque [illegible] mittit cum Accursio Duar. *ad l. si dotem. §. ult. solut. matrim.* [illegible] emptæ sint nomine mulietis & ejus consensu, ve[illegible] ill[illegible] bo, nihil tum præcipui habere fœminam præ reliquis, quibus [illegible] hoc jure communi indultum scimus, ut res ex con[illegible] mine eorum emptæ ad eos pertineant, *l. 6. C. de rei vindic.* cum tamen favor causæ & personæ prærogativam aliquam [illegible] nostro suadeat, non sententiæ Accursianæ opitulatur *l. ex [illegible] nia. C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pig. dat. l. si mulier. de pact. dotal.* [illegible] *constante. ff. de jur. dot.* prout demonstrat Donell. *c. com*[illegible]. Sed dices, si totales sint res, utique vindicari à muliere pot[illegible] cujus tamen contrarium scriptum extat in *l. 9. C. de rei vindic.* Resp. id non sequi, mulieres à viris, non vice versa defendi [illegible] quum est, §. *patitur autem 3. Inst. de injur.* ideoque marito [illegible] stante matrimonio viro ut uxoris, rerumq; uxoriarum [illegible] ri & domino vindicatio concedetur, *l. 23. de Rei vindicat.* dissoluto autem matrimonio non prohibetur eas vindicare mul[illegible] *ex pecunia C. h. t.*

XIII.

Ad l. cum post. 69 §. gener à socero 4. eod.

Dotis promißio indefinita valet.

d. l. cum post. § gener à socero h. t. l. quæro. eod. neque distingu[illegible] extraneum à patente (Dissent. *Charond. 1. vers. 7.*) utrobiq; [illegible] hoc valet, dotis scilicet quantitatem, pro modo facultatum & dignitate natalium viri definiendam esse, *d. l. cum post. §.* [illegible] *quæro. l. 3. C. de dot. promiss.* creditur vulgò obstare, *l. 1. C. [illegible] promiss.* (vide variè sentientes. *Duaren. 1. Disp. 56. Anton. G[illegible] 6. 5. n. 3. de dotib. Conan. 8. comment. 8. Robert 4. sentent [illegible] Charond. d. loc.*) ut verum mihi videtur sic optimè intelligetur, [illegible] specie, *d. l. 1.* consideraverimus, maritum Claudium co[illegible]

tu fal-

[illegible] petiisse, quam dotali instrumento se præstituram [illegible] adscripserat mulier quod tamen illa negabat, se vel invita vel ignorante adscriptam contendebat, quod innuunt ea verba *Quasi promissa dos.* si enim se confiteatur adscripsisse non quasi, sed verè dos promissa erit, confirmant & post sequentia. SED HACTENUS de NUPTIALI INSTRUMENTO, ut [illegible] ea cosideranti constare poterit.

XIV.

Ad Tit. C. Ne fidejuss. dot. dent.

Quæritur an à marito volente pro conservanda dote fidejussor dari possit? Affirmo.

Cur à marito invito fidejussores exigi non debeant expressum est *in l. final. C. ne fidejuss. vel mand. &c.* Si enim (inquit Imper.) credendam mulier sese suamq; dotem parti mariti existimavit, quare fidejussor vel alius intercessor exigitur, ut causæ perfidiæ in connubio eorum generetur? verum hæc ratio cum in eo casu, ubi volens & sponte maritus fidejussorem constituit, cesset, nec enim uxoris hic ulla diffidentia est, sed potius mariti laudanda promptitudo, qui fidejussores constituit, non quia perfidiam ejus uxor timet, sed ut dos ei magis in tuto fiat, multis enim modis contingere potest, ut maritus post acceptam dotem solvedo esse desinat, atque per hoc mulier sua dote carere necesse habeat [illegible] consequi poterit, si fidejussor datus fuerit, qui in subsidium deficientis mariti conveniri poterit. Probatur & hæc opinio per *l. Græce § à tutore. 4. de fidejuss.* a Tutore (inquit JCtus) qui testamento tutor datus est, fidejussor datus tenetur, dubium movebat, quod testamētarii tutores satisdare non cogūtur, quippe quorum facultates & industria à testatore probata sit, *§. 1. Inst. de satisd. tut.* Si tamen satisdent, tenebuntur omnino, quia suo privilegio renuntiasse videntur *l. penult. C. de pact.* idem de marito eadem planè ratione dicemus, nam & quidem invitus fidejussorem dare non tenetur. *l. 1. l. 2. C. ne fidejuss. dot. &c.* Si tamen cum dederit, omnimodò tenebitur, nam & hic suo privilegio renunciasse videtur, idem probatur *ex l. sed & si quis §. final. ff si quis caut.* ubi & is qui satisdare non cogebatur, si satisdet, fidejussores

 nihil-

nihilominus modo non per errorem, dati sint. tene i resp... est facit huc, quod dici solet, quod fieri non debet, si tamen factum fuerit, valet & tenet, *arg. l. 1 §. biduum. ff. quand. appell...* *si nolit.§ in factum ff. de adil. edict. l. non solum ff. de jur. dot l. quod ... ff. pro soc l sed & ha. §. penult. ff. de procur.* Item, multa peti non ..., quæ tamen, si sponte dentur, rectè habentur, *l. cum illud ... quand dies legator.* confirmatur & ex eo, quod pignus ... marito pro dote dari possit, *l. quod autem § si uxor.* Cur non igitur & fidejussor? nam quod Cujac; *in tr. 4. ad African.* inter pignoris & fidejussoris dationem, differentiam constituat, videant ... an subsistat, mihi sanè ex fidejussionis fine non subsistere videtur, cur enim fidejussores adhibentur? nonne ut diligentius creditoribus nostris cautum sit? *in pr. Inst. de fidejuss. l. 1. ff. qui satisdar cogant.* atque ita finis noster cum pignoratitio concurrit.

XV.

Ad l. 7. ff. de pact. dotalib.

Videtur cum hac *l 7.* pugnare *l. 2. §. sed utrum. ff. solut matrim.* illa enim pactum filiæ patri nullo modo nocere vult, nisi adjecta persona filiæ experiatur, hæc verò nihil interesse statuit, utrum agat solus, vel adjuncta filiæ persona experiatur. Et puto (inquit Ulpian.) nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiæ persona potest habere. Cæterum non repugnantia hæc sane, actionem patri salvam manere, & pactum nihilominus ei nocere, ut recta veterum quorundam sententia est: quid enim, si ea pacto aliquid se daturam, aut facturam promiserit mulier? quid si pœnam promiserit in negotio contrahendo ejus confirmandi gratia? nam pater dotem petens, adjuncta filiæ persona, si reconvenìatur, filiam defendere in solidum debet. Solus verò agens, & sine persona filiæ, ad eam defendendam minime cogetur. *l. ... §. ... t. ff rer. amot. l non solum ff. de procur. (Accurs. ad d. l. 7.* quem sequitur Duar. *in d l. 2. §. sed utrum.)*

XVI.

Ad l 3. § final. de don. int. vir. & uxor.

Alia & quidem celebris hoc loco occurrit ANTINO... inter *d. l. 3. §. final. & l. cum aut. 38. §. 1. de solutionib.* de qua scripse-

sunt post veteres *Cujac.7.ad African Faber.3.conjectur.19.* quorum hic ex diametro (ut loquitur) Africanum authorem *d.l cum quis 38 cum Ulpian authore d.l.3.* pugnare opinatur, quod cum contra votum & mentem Justiniani sit in *l.2.§ nulla. C. de vet. jur. enucl* dum nullam in jure contrarietatem extare dicit, licet non per omnia (ut gravis alibi Wesenb. est sententia) servatum sit, tamē veterum exemplo semper tentanda est conciliatio, si qua commoda occurrat, ut tanto jus sit certius, cujus nos interpretes, quàm censores manere præstat, eius itaq; consilium in præsentiarum secuti pugnātes hasce sententias sic cōponimus. *Vult JCtus in d.l.3.§.final.* ut si debitorem suum jusserit maritus uxori solvere nummos, nō uxoris sed mariti fieri, ac per consequentiā debitorē liberari, cujus rei rationē hanc reddit, quod si donatio jure civili non impediretur, eum rei gestæ ordinem futurum, ut pecunia à debitore ad maritum, deinde a marito ad uxorē perveniret, nam celeritate cōjungendarum actionū una occultatur, cujus contrarium videtur innuere Africanus *in d l. 38. §.1.* vult enim in præsenti specie, neq; mariti nummos fieri, nec debitorē liberari, quod ultimum prioris consequens est. Si enim mariti nummos fieri non permiseris, cōsequens etiam illud, nec debitorem liberari statues, quod quidē facilè ea in specie, de qua loquitur Africanus, admittendum est, quoniam uxorem vetuerat maritus, ne à suo debitore nummos acciperet, cōtra quam prohibitionē, cum uxor ab ignorāte debitore acceperit, relinquitur contra voluntatem mariti nummos ejus fieri non posse, etsi n. donatio jure civili non impediretur, non tamen propter mutatā mariti voluntatem, ejus nummi fieri potuissent, fictio enim illa brevis manus contra veritatem, qua fingitur numōs à debitore marito: à marito uxori numeratos esse, hic propter dissensum nō obtinet, atque de tali specie African. loqui ex præcedente casu apparet & confirmant sequentia, quomodo enim aliàs cōdictio furtiva debitori, quomodo actio furti vel quod idem in proposito est rerum amotarum marito, post divortium daretur? nisi invito eo nummos sciens uxor, & fraudandi animo contrectasset, quibus ita positis facilè apparet, cur contrarium *in d.l.3.§ fin.* responsum sit ab Ulpian. nec enim de marito prohibente, sed consentiente loquitur, ut ex rationibus subjectis cuivis constare poterit.

XVII.

Ad l. Papinianus 23. eod.

Donatio inter virum & uxorem non confirmatur morte donantis, nisi res tradita fuerit.

d. l. Papinianus. 23. de donat. inter vir. & uxor. (Dissent. C[illegible] *5. miscel. 1. Duar. in tit. sol. matr. rubr. de donat. int. vir. & uxor.* [illegible] ponitur *l. cum hic status. 32. §. 1. ff. eod* quæ vult nasci obligationem civilem, sed quo casu? explicat ibidem Accurs. 2. opponitur *l. 23. in prin. eod* ubi annui promissio, quæ donationem continet, morte confirmatur, verum ut mihi videtur, longè alia ratio est in annuo promisso, quàm in alia quavis donatione, cum enim donans non facta traditione decedat, pœnitentia cum ductum non tradidisse præsumptio est at in annuo promisso non [illegible] pœnitentiæ præsumptio, quippe cum id donatæ rei natura [illegible] tradere non possit, quomodo enim id, quod in singulos annos debetur, tradere potest, cum dies non nisi post mortem ejus existere poterit, ut sic potius propter conditionem [illegible] natæ non tradidisse, quàm propter mutatam voluntatem [illegible] sendum sit.

XVIII.

Ad l. 7. § 1. solut matrim.

Quàm variè accepta sit divisio in hoc §. *proposita.* [illegible] licet, *ex Corras. 5. miscel. 7. Conan. 8. comment. 1[illegible]. Duar. in* [illegible] *§ 1. Anton. Fab. 1. conject. 13.* equidem prout verba jacent commodissimè institui posse crediderim. Casus talis sit, Die matrimonii contracti fundum in dotem Cajo dedit Seja, [illegible] perceptis fructibus, statim in sequēte mense alteri locavit, [illegible] tum est divortium in fine quarti mensis, quæritur quomodo sit facienda fructuum & mercedis ex locatione redactæ divisio? [illegible] Papinian. quod vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis [illegible] stantis anni confundi debeāt, ut ex ea pecunia tertia portio [illegible] relinquatur, finge ergò fructus esse 21. & locatum [illegible] 12 quarta portio mercedis, h. e. 3. confundi debebunt [illegible]

[illegible]

& num pretio, h.e cum istis 21 ut sic totius confusæ summæ efficiū. 24 quorum sectio in tres partes marito 6 obvenire ostendet, atque hac divisione nihil æquius est, constat enim maritum pro oneribus matrimonii fructus dotis lucrari *l.7.de jur.dot.* nūc autem ponimus matrimonium in nostro casu saltem 4. mensibus durasse, relinquitur ergô tertiam fructuū partem pro tertia anni parte, qua matrimonium stetisse fingimus, marito assignādam esse, ratio autem confusionis quartæ portionis mercedis cum fructibus fundi dependet ex natura & vocabulo fructuum, quicunque enim is fuerit sive naturalis sive civilis ad commodum mariti pertinere debet *l.pro oneribus 20.C.de jur. dot* ad quem posteriores cum merces rei locatæ pertineat, nil mirum si & ea in consideratione divisionis a Papiniano vocetur, ne videlicet ex sola fructuum fundi divisione vel maritus vel uxor damno afficiatur.

XIX.

Ad d.l.7. §.ob donationes. 7.eod.

Num dotis repetitioni etiam hodiè compensatio objici possit?

Sunt quam plurimi illud affirmantes, (*Zas. 2.sing.intell. Donel.ad §.fin Inst. de actionib. Pac. 2. ἐναντ. 60.*) 1. per *d.l. 7.§.7.l. 15.§.1 h.t. l. 6. C. de compensat.* 2. quia legum correctio vitanda est, quoad ejus fieri potest. 3. quia nostra interest compensationes admitti *l. 3. de compensat.* 4. non est præsumendum quod Imp. suis legibus damnum nobis inferre velit. 5. neque ita mulieribus favere, vel earum dotibus debet, ut sublato legitimo cōmodo maritus in damnum incidat. 6. præterea finge uxorem nō solvendo, utpotè quod luxuriosè mulier dotem recuperatam mox decoquet, quis consulet marito res amotas repetituro? 7. quia Imper. *in d.l unic.§.taceat. C.de rei uxor.act.* dicit tacere debere retentionum verbositatem, ut nimirum innuat eam retentionis viam verbosam fuisse, quod de compensatione eum dixisse statuendū minimè erit, cum illa non modo non verbosa sit & litigiosa, sed maxima litium & verbositatum sedatrix. Verum his nihil obstantibus ex mentè Justiniani convenientius, erit dicere, minime compensationem in dotis repetitione sibi locum vindi-

vindicare (*Duar ad l. 7. §. 7. h. t.*) quod aperta constitutione *d. l. unic. §. taceat. 8. cum seqq. C. de rei uxor. act.* confirmatur, & sic probatur. Exceptio in contrarium regulam esse arguit, at in *d. l. unic. § sed neci ob. 11.* permittitur, ob solas impensas necessarias dotis compensatio, Ergò in reliquis casibus ea prohibita censeri debet, quod etiam vel inde liquet, olim in causa dotis tribuebatur marito rei dotalis retentio, utpura ob res ab ipso uxori donatas, ob res ab uxore amotas, propter liberos, his autem in causis nunc compensationem prohibuit Justin. Ergò & cæteris omnibus, *d. l. un. §. 8. & seqq.* nec audiri debēt illi, qui Justin. saltem de retentione non etiam de compensatione loqui existimant, quasi hîc aliud sit compensatio, aliud retentio, nam retineri res dicuntur ob compensationem *l. 4. ff de compens.* At JCti de dote loquentes, promiscuè his verbis uti solent, *l. 1. C rer. amotar l. dote ff. de dot. praleg. § propter retentionem. Inst. de action. Ulp. in frag. tit. de dotib* (*Duar d. loco*) corruit quoq; eorum opinio, qui putant Justinian. non de compensatione, quæ loco solutionis est, loqui, sed saltem de ea, quæ jure pignoris ad tempus fit, ut enim olim ob omnes impensas facta fuit deductio perpetua *l quod dicitur ff. de impens. in res dot.* sic & hodie eadem in necessariis permittitur, ut sic eadem in aliis prohibita per contrarium censeri debeat. nihil probabilior est eorum sententia, qui putant dotem quidem compensari ac retineri non posse, fructus autem dotis posse, quoniam explor[atissimum], hujusmodi fructus dotem augere, nec de iis aliter quàm de ipsa dote, quam uxor dedit marito, judicandum esse, *l. si meritò, § si fundum ff. solut. matr.* (*Duar. d. loco.*)

XX.

Ad l ex diverso 17. eod.

An socer conventus de dote Beneficium ejus quod facere potest, habeat?

VERBA IN ID, QUOD sive IN QUANTUM, sive EATENUS QUA aut QUATENUS FACERE POTEST. Illam recipiunt interpretationem, ne solidi exactio fiat, sed usq; tantum, quo reus non egeat *l. in condemnatione de R. J.* qua in re & ipsius personæ & familiæ rationem habere oportet, *Zas. in l. miles. ff. de re jud.*

Multi-

Multi sunt, qui hactenus conveniuntur & condemnantur, quos Paul. percenset in *l. sunt qui. & trib. seqq. ff. de re judic. Petr. Fabr. ad d. l. in condemnatione. de R. J. n. 23.* nos solum hic de SOCERO quærimus, qui vel mariti vel uxoris est, & quidem, si cum socero nurus agat, idem honor habetur, inquit Paul. *in l. 15. §. fin. solut. matr.* quia parentis locum socer obtinet, ut notat Pompon. *l. 16. eod.* si verò ex promissione sua à marito convenitur, major est dubitatio, & hoc justum esse voluit JCtus in *d. l. 17. h. t.* rectè; cur enim soceri jus utriusque impar, si par est viri & uxoris, cur nurui & dotis conservationi (id publicè interest, *l. 1. solut. matr.*) defertur minus, quàm lucro generi? Hæ rationes efficiunt, ut quàm minimum detractum velim patri uxoris, atque adeò eam legum concordiam amplector, quæ minimum detrahit: nec sine causa, tribui enim justa ratione non debet privilegium patri uxoris, si fraudem promittendo admiserit, si ex causa, & persona rectius esse videtur, ne tribuatur: opponi solet. *l. sicut autem. 21. ff. de rei vindicat.* (vide variè sentientes *Duar. d. l. 17. Costal in l. penult. ff. de jur. dot. Pac. 5. ἐναντ. 64.* verum nihil ea contrarii fovet. Præter distinctionem *l. 22. ff. de re judic.* quam etiam nos attendimus, junctâ *l. penult. ff. de jur. dot.* Soceri enim licet nomen maneat, non tamen jus ei tributum, & rectè hoc loci acceptare licet illud Ulp. *in l. 3. de postul.* Affinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, sed præsentes.

DISPUTATIO DECIMA SEXTA.

R. Georg. Engelbrecht GRYPHISWALD. Pomerano.

THESIS I.

Ad l.1.ff de tutel.

HÆc verba, in capite libero, *ad tutorem referenda sunt.*

1. Quia servus quandiu servus manet, tutor esse non potest, *l si quis.22.ff.de testam. tut.* Tutela enim jure civili data ac permissa est § *1. Instit.de tutel.* quo servi pro nullis habentur, *l.quod non attinet.32.ff de R J.* mortuis comparantur, [illegible] *ff.eod.* Et quadrupedibus, *l. 2.§. 2. ff ad l.Aquil.* 2 Quia hac interpretatione admissa, verba maximè conveniunt illi, quod dicitur in §.1. tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent. Cum nihil intersit, utrum dicamus, tutores eam vim ac potestatem habere, an verò, eam vim ac potestatem in tutore esse, ut itaquemadmodum nominis, sic & rei definitio ad tutorem referatur, præsertim cum tutores ex re ipsa nomen acceperint. 3 Quia si de eo, qui in tutela est sensisset Servius, non debuisset dicere, tutelam esse vim ac potestatem in capite libero, sed in capite sui juris: cùm non omnes, qui liberi sunt, in tutela esse possint, sed iis tantùm, qui ita liberi sunt, ut non sint, etiam in cujusquam potestate, *l.14.inpr h.t.* 4. Quia constructio Grammatica aliam interpretationem non admittit. Nam si illa verba, in capite libero, referenda essent ad pupillum, ex certissimis Grammaticorum principiis dicendum esset, ad tuendum id, quod, &c. Opp. *l.ult. §. 2. C.d. sent.pass. l. ei qui 17. ff. de tut. & curat.dat.l.* [illegible]

[illegible]

13. eod. ad quas in ipso disputationis actu respondebimus. Sed occurritur nobis hoc modo: Tutoris caput non necessariò liberum esse oportet; Ergò hæc verba, in capite libero, non ad tutorem, sed ad pupillum referenda sunt. Anteced. prob quia hic caput liberum, nō de libertate naturali sed civili, hoc est, eo quod sui juris sit, accipi debet. Atqui sic tutoris caput liberum non necessario esse oportere constat, cum etiam filiusfam. tutor esse possit. *§. 1. Inst. qui testam. tut. dar. poss.* R. Hanc interpretationem abhorret ipsa ratio. Nam si indistinctè liberos homines appellamus omnes, qui non sunt servi sive sui, sive alieni juris sint, *l. 3. ff. de stat. hom. §. 1. Inst. de jur. person.* non liberos eos appellare juris ratio prohibet: cum contraria in eodem subjecto secundum idem ad idem, & eodem tempore esse non possint. *Vid. Bart. in l. 1. h. t. Donell 3 comm. 1.*

II.

Ad l. 6. §. 2. ff. eod.

Tutoris datio neq; imperii est, neq; jurisdictionis.

1. Quia ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps, *d. l. 6. §. 2.* Unde ne ipsi quidem magistratus superiores dare tutores potuissent, nisi hoc eis nominatim indultum fuisset *§. 1. Inst de Attil. tut.* 2. Quia si tutoris datio jurisdictionis vel imperii esset, Procons. vel Præside mandante alius tutorem dare posset. Sed nec mandante Præside alius tutorem dare potest. *l. nec mandante. 8. inpr. ff. de tut & cur. dat.* nec vi mandante jurisdictionis legato Procons. tutoris datio competit, sed quia ei hoc ex oratione D. Marci concessum est. *l. 1. § 1. ff. de tut. & cur. dat.* 3. Quia privatus tutores potest dare. *l. 1. ff. de test. tut.* & ii magistratus, qui nullam jurisdictionem exercent, ut Decuriones. *l. decreto. 3. ff qui pet. tut l. 19. ff. de tut. & cur. dat.* qui publici consilii gratia duntaxat conscribi soliti sunt. *l. pupillus. 239. §. Decuriones. 5. de V. S.* Et Trib. pl. quorum major pars cum Prætore urbano ex l. Attilia in urbe tutores dabat. *§ 1. Inst de Attil. tut.* quamvis nullam jurisdictionem haberent, ut qui faciendis intercessionibus creati essent. quemadmodum videre est apud *A. Gell. 14. Noct. Attic.* ubi Antistius Labeo

Hh 2 per

per viatorem à Trib.pl.in jus vocatus, respondit, Tribuno [illegible] habere jus, neque per se neque per alium in jus vocandi. 1. Opp. §.*sed hoc jure*.ibi secundum suam jurisdictionem. *Inst.de A*[illegible] R.Non dicitur in isto §.quod tutoris datio sit jurisdiction[illegible] tantùm id vult, neminem alio loco, quàm in quo jurisdictionem habet, neq; in alias personas, quam quæ jurisdicti[illegible] subjectæ sunt, posse potestatem dandi exercere, *l.1.§.2.ff.*[illegible] *& cur.dat l.3.eod l.10.ff.h.t.2.*Opp *l.15.ff.de offic.Procons.*R.ex [illegible] suprà in secunda ratione dicta sunt, in promptu erit 3.Opp [illegible] *6.ff.de magistr.conv.*Et *d.§.sed hoc jure.Inst de Attil.tut.* ex qu[illegible] cis colligunt, tutoris dationem jurisdictionis esse, cum [illegible] tur, magistratus municipales jussu & mandato Præsidum [illegible] res creare. R.ibi jussum & mandatum accipi debere pro [illegible] tione, non pro delegatione, *arg.l.Lucius.46.§.6.ff.de adm. tut* [illegible] *d.l.nec mandante.8.ff.de tut.& curat.dat.* neque verò, quem[illegible] dum antea dictum est, propter hoc mandatum magistr[illegible] nicipales tutorem dare potuerunt, sed quia insuper ho[illegible] præcedente tutoris dandi jus illis lege datum erat, *d.l.3.*[illegible] *& cur.dat.*

III.

Ad l. 15. ff. eod.

Is qui transfugerit ad hostes, tutor manet.

1. Quia servus non efficitur, *d.l.15.* Aliàs enim [illegible] desineret, ut patet ex *l.14.§.2.h.t.l.si quis.22.ff. de t*[illegible] Opp.*l.amissione.5.§.1.ff.de cap.dimin.* ubi dicitur, [illegible] pati mediam capitis diminutionem. Atqui is, qui patitu[illegible] am capitis diminutionem, æquè tutor esse desinit, a[illegible] maximā capitis diminutionē patitur, & servus host[illegible] *sed ex capitis diminutione.In*[illegible] *quib. mod tut. fin.* R. ibi qu[illegible] tur, deportatione seu civitatis amissione tutelam solvi, [illegible] ti enim nullius certæ civitatis sunt cives, unde etiam [illegible] appellantur in *l.sunt quidam.17.§.1.ff de pœn.l.1.§.2.ff.de leg.*[illegible] *d.l.15.*eo in casu veram esse putamus, cum transfugis a[illegible] reversis venia datur. *l non omnes.5.§ fin.ff.de re milit.* & [illegible] beneficio afficiuntur.*l.14.ff.ex quib. caus. maj.* sed [illegible]

[illegible]

tur, cum tutela onus sit, §. *fin. inst. de leg. patr. tut.* 2. Opp. *l. transfugam. 51. ff. de acquir. rer. dom.* ubi dicitur transfugam jure belli recipimus. Ergò transfuga fiet servus, & specie quadam postliminium eum recipimus, ut in §. *si ab hostibus. 1. inst. quibus modis patr. potest. solv.* R. transfuga quidem ad suos rediens postliminium non habet, *d. l. 14. ff. ex quibus caus. maj. l. postliminium. 19. §. transfuga 4. ff. de captiv. & postlim. revers.* Si verò servus transfugerit ad hostes, rectissimè dicitur, etiam ei postliminium esse, id est ut dominus in eo pristinum jus recipiat: ne contrarium jus non tàm ipsi injuriosum sit, qui servus semper permanet, quàm domino damnosum constituatur. Ideoque cum in ambigua voce legis ea potiùs accipienda sit significatio, quæ vitio careat, *l. in ambigua. 19. ff. de ll.* dicendum erit *d. l. transfugam. 51.* loqui de servo transfuga, argumento ducto à rubro ad nigrum. Quæ sententia displicet, vide non malè aliter hanc rem explicantem *Donell. 3. comm. 14.* qui hæc verba *d. l. 15. aut etiam receptus ab eis aut transfugerit*, conjunctim legenda, & posterius *aut* Criticorum more pro *haut*, i. e. *non* interpretandum esse censet. Aliter *Gloss. & Gothofr. ad d. l. 15.* Aliter *Cujac. 4. obs. 9.*

IV.

Ad l. 4. ff. de testam. tut.

Pater exhæredato filio tutorem dare potest sine confirmatione.

1. Quia in *d. l. 4.* opponuntur sibi invicem pater & mater dantes tutorem, ut ille etiam exhæredato, hæc non nisi instituto tutorem dare possit: deinde & inquiri in eum oporteat, qui matris testaméto datus est tutor, cùm à patre minus jure datus (puta quia fortè ob injustam exhæredationem preteritionemvè filii aliamvè solennitatem omissam testamétum patris impugnatur) citra inquisitionem confirmetur, *l. 1. §. 1. l. 3. l. 6. ff. de confirmation. tut. l. 2. C. eod.* Quemadmodum igitur tutoris datio à matre facta non valet sine institutione, inquisitione & confirmatione, *d. l. 4. l. 2. in pr. ff. de confirm. tut.* ita à patre facta, ut citra institutionem & inquisitionem facta valet, *d. l. 4.* sic & citra confirmationem valebit. 2. In *d. l. 4.* à patre datus tantùm confirmatur, si minus

 jure

jure datus sit. Atqui datus tutor filio exhæredato, jure datus est, cum *l.12.tab* permissum sit parentibus, liberis suis impuberibus tutores dare, si modò in potestate sint. *l.1. de testam. tut.* Quod & ipsa *l.4.* evidenter indicat, dum tutorem exhæredato datum ab eo, qui non jure datus est, separat. 3 Tutor datus filio exhæredato confirmandus est, si patris testamentum ruptum dicatur *l.* [illegible] *ff. de testam. tut.* vel si dubitetur de vi testamenti propter litem inofficiosi ordinandam. *l.26.§ ult. ff. de testam. tut.* Ergò confirmandus non erit, si testamentum paternum non dicatur ruptum, vel si filius legitimè exhæredatus sit, ut de vi testamenti dubitari non possit: quia cum valet testamentum, consequenter et tutoris quoque datio valebit in eo testamento scripta, quod valet. *l.* [illegible] *hæreditas.10.§.2 ff. h.t.* Dist. *Hottom.6.observat.5 per l. quo tutela* [illegible] *§.1. ff. de R.J. l. filium 20. §. videamus.1 ff. de bon. poss. contr. tab.* [illegible] *sanguineos autem.10 ff. de suis & legit.* Sed ad hasce ll. [illegible] dextrè intellecta facilis erit responsio. *Vid. P. Fabr. in d. l. quo tutela* [illegible] *ff. de R.J.*

V.

Ad d. l. 4. de testam. tut.

An mater filiis tutores dare possit?

Affirmat, si eos instituat. *d.l.4* cui opponi solet *l. 4. C.* [illegible] *Cujac.* expungit negativam particulam NON. Displicet [illegible] imò sic statuam, dationem valere, sive eos instituat hæredes, sive non instituat. junct. *l. peto.69 § mater. ff. de leg. 1.* sed priùs [illegible] exemplum paternæ designationis in emancipato Prætorem oportere cognoscere, num sit idoneus datus tutor. Cum enim pater possit dare emancipato tutorem. *§. fin. Inst. tut.* [illegible] non etiam mater filius? an quia fragile mulierum consilium *l.4. C. de sponsal.* Dico idcircò oportere inquiri. Quòd [illegible] casu non adscriptæ institutionis valet, eo discrimine [illegible] in Prætoris arbitrio esse, datum hoc casu confirmare, quod [illegible] dicat verbum illud SOLET. *d. l. 4 C. eod.* ut sit [illegible] quidem illud propter verisimilem affectum [illegible] erga liberos fieri, non tamen ut superiore casu necessariò. [illegible] refero verbum OPORTEBIT. *in d. l. 4. C. e d.* Cum [illegible] hoc casu potius in rem, quàm in personam tutorem dadi [illegible]

expostulari nam designatio, ut eam necessario, facta tamen praevia morum inquisitione, subsequatur Praetoris confirmatio. *Azo.in sum. Cod.de confir.tut. n.6.*

VI.

Ad l.quaero. 32. §. ult.ff.eod.

Si furiosus vel minor tutor detur testamento, medio tempore alius tutor substituendus est.

Cum enim in testamento tutor sub conditione aut ex die certo datus est, quamdiu conditio aut dies pendet, tutor interim alius datur. § *1.Inst. de Attil tut.* Sed furiosus datur sub tacita conditione, cum furere desierit, & minor ex tacito die, cui conditio etiam tacite implicata est, videl. si ad justam aetatem durante pupilli impuberi aetate venerit, nec alterutri quid interea humanitus contigerit. §.*furi sus.Inst.qui testam.tut.l.10. § si furiosus. 5. ibi tum fore d l. quaero 32.§.ult.ibi post l git mam aetatem h.tit.l.17.ff. de tutel.* quae jura arguunt, eos tutores non fuisse ipso jure. Ergo merito interea temporis tutor datur, qui cessante impedimento certo tutor esse desinit. Quandiu enim testamentaria tutela speratur, tandiu legitima tutela in suspenso est. *l. 11 ff. h. tit.* 1. Oppon *dd. ll.* §. *item major. Inst. de excus. tut.* ubi dicitur minores olim fuisse excusatos. Ergo fuerunt tutores. Idem probatur per *l. ult. C. de legit. tut.* R. Minor testamento tutor datus nec olim quidem vere tutor erat, *ut ex adjectis antea ll. apparet*, in legitimo autem secus est. Nam hi vere tutores erant, ante legitimam aetatem, adeo ut excusatione opus haberent, quia actus legitimi neque diem, neque conditionem recipiunt. *l.actus 77. de R. J.* unde etiam sub conditione a magistratu tutor non datur. *l.6.§. 1. de tutel* Non tamen ante perfectam aetatem tutelam administrabant *l. 16. §. 1. de tutel. l.4 l. 8. ff. de legit, tutel.* Hodie autem ex *l. ult. C. de l git. tut.* minores ad legitimam & dativam tutelam adspirare prohibentur. 2. Oppon *l non solum. 10.§.7.ff.de excus. tute.* ubi tutore dato impubere interim curator constituitur R. Vide apud *Cuj. actum in not. ad t. de fiduc. tutel.* 3. Oppono *l. 17. ff de excus. tut.* ubi furioso tutore dato interim curator datur. R. ibi curator datur propter susceptam antea tutelam, si postea furor superveniat: tunc enim quia habenti tutorem

tutor

tutor dari non potest, §. *Interdum. Instit. de curat.* loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.

VII.

Ad l.27.ff.de tut.& curat.dat.

Si pupillus ratione domicilii & facultatum diversos judices habeat, in tutoris dandi petitione judex domicilii præferri debet.

Dicitur quidem in *l unic. C. ubi pet. tut.* magistratus ejus civitatis, unde pupilli originem per conditionem patris ducunt, vel ubi eorum sunt facultates, tutores vel curatores dare debere. At inde non sequitur, cujuslibet loci magistratum tutorem dare, si pupillus facultates in diversis locis habeat, ut probatur in *§.illud 12.ff.de rebus cor.* Nec contrarium probatur per *d.l.27.* Explicatur enim per *l.propter litem.21.§.2.ff.de excus.tut.*& dicitur, neminem ultra centesimum lapidem cogi tutelam gerere, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit, licet datus tutor ad universum patrimonium datus intelligatur. Et ideò illarum rerum dabunt tutores in provincia Præsides ejus. Ita sentit *Bart. in d.l.27.& in l.1.C ubi pet.tut.Dyn.in l.1.C.qui dar.tut.poss. d. l. 1. §. illud 12.ff.de reb.eorum. Alexand.consil.44.n.17.lib.5. Alberic.in rubr. C. de ... lit.dand.tut.Duar.in c.ult.ubi pet.tut.Graff.1.comm. opin. 9. n.14. Contra Gloss.in d.l.unic.C.ubi pet.tut.* quæ vult, utrobique tutorem dari debere.

VIII.

Ad l. 21. de administ. tut.

Si filiusfam.tutelam administraverit, an in solidum teneatur parens?

Affirmat *l.7.ff.de tutel.* Negat *d l.21.de administ. tut.* Sed priorem obtinere, si parens agnoverit, ita ut quasi ipse gereret; posteriorem si tantùm consenserit, ut filiusfam. cum suo periculo gereret, ne tamen ipse teneatur, quasi tutelam gesserit.

Ad

IX

Ad l. 39. §. 5. ff. eodem

Neq; pignoribus datis, neq; pecuniâ in vicem satisdationis depositâ, de jure satis cavere potest tutor vel curator.

1. Prætoriæ enim satisdationes personas desiderant pro se intervenientium. Et neq; pignoribus quis, neq; pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. *l. 7. ff. de prat. stip.* Hoc enim idoneæ cautioni tantum convenit, non satisdationi. *l. 1. §. jubet. 9. ff de collation. l. 4 §. 8. ff. de fideicommiss. libert.* ubi satisdato cavere, & pignoribus cavere, à se invicem distinguuntur. Sed tutores præstant satisdationem prætoriam. *l. 1. §. cautionales ff. de prat. stip.* 2. Si pignoribus quoque satisdaretur, ejus correlativum, puta satis acceptio, malè definiretur stipulatio in *l. 5. §. 2. ff. de Verb. Obl* quia pignus etiam nuda conventione contrahitur. *l. 1 ff. de pign. act. l. 4. ff. de pign.* 3 Si etiam pignoribus datis rectè satisdaretur, frustra fieret mentio fidejussorum in *l. 1. ff qui satisdat. cog.* aut perperam omissa esset mentio pignorum. 1. Oppon *l. 1. ff. qui satis dat. cog.* ubi satisdare dicimur adversario nostro, cum eum securum faciamus. At non minus securus redditur adversarius pignoribus datis, quam fidejussoribus. R. Nego minorem. Nam datis fidejussoribus ipse promissor solvit, id quod debetur, aut idonei fidejussores: At secus est in pignore, quod nunquam dabit id, quod debetur. Pignus potest interire, nec cum interiret, habet hæredem, qui teneatur in id quod debetur. Imò etiamsi non interiret, evenire posset, ut non statim inveniat emptorem. Sed etsi inveniat quidem emptorem. non tamen debitor id pretium dare intelligitur, sed emptor, quem prius debitor non dedit. Creditor pignus non minus diligenter servare debet, quam diligens paterfam. in suis reb. versari solet. *l. 14. ff de pign. act.* At nulla custodia fidejussorum creditori præstanda est. Fidejussores dati instabũt, ut reus solvat, quo ipsi citius liberentur: At pignora negligentem reum excitare non possunt. 2 Opp. *l. 5. §. 2. ff. de V. O. &. l. 1 in pr. ff. qui satisd. cog.* ubi dicitur,

satisdare eodem modo appellatum esse, quo satisfacere. Atqui is qui se satisfacturum promisit, utrumvis faciat, præstat quod promisit *l. promissor. 24. §. ult ff. de pecun. const.* R. Satisdatio & satisfactio toto genere differunt. Satisdatio n. fit etiam invito creditore *l. 35. §. defendere ff de procur. l. ult ff. quod legat. l si fide iussor. 7. ff. qui satisd. cog.* Satisfacimus autem volenti tantùm, invito nunquam. *l. si rem 9. §. omnis. 3. ff de pig. act.* nisi aliud actum sit, ut in *d. l. promiss. 21. §. ult. ff de pec const.* quia cum ibi de solutione constitutum accipi non debeat, restat, ut de idonea cautione intelligatur, ne promissio sit inutilis. Deinde satisfacere est aliud pro alio præstare, & ita volente creditore liberari, cum satisfactio pro solutione sit. *l. 25. de solut.* At satisdatione non tanquam solutione liberatur debitor, sed ea magis confirmat principalem obligationem. Igitur volunt ll. utrumq; eodem modo ex parte tantùm appellatum esse, cum utrumq; satis habeat, quia qui fidejussores dant, ita cavent, ut in ea datione contentum reddant creditorem, quem reddunt securum. Sed in eo distant, quod in altero inest dare, in altero inest facere. Satisdare est quasi satis & abunde dare id, quod debetur, vel præstare, quod sit satis ad futuram dationem & naturalem præstationem rei debitæ. Satisfacere est quidvis facere, quod satis sit ad desiderium & voluntatem creditoris implendam, eumq; contentum reddendum, non quod pertineat ad dationem rei. 3. Opp. *l. plus cautionis 25. ff. de R. J.* R. d. l. procedit, quando creditor pignori incumbit, quod mavult retinere, quàm in personam agere. *§. furti autem actio. Institut. de obl. quæ ex delict. nasc.* Alias minus cautionis est in pignore, quam in fidejussoribus. Nam de pignore agendo, possessionem tantum consequitur: si verò cum fidejussoribus agat, ipsum debitum consequitur. 4. Oppon. *l. promissor. 2. §. ult. ff. de const. pec.* R Illa lex loquitur de satisfactione. Sic enim legendum est. *Si quis autem constituat se satisfacturum*, non quemadmodum in *π.* Florent. legitur, *satisdaturum.* Quod etiam satis evidenter probatur per rationem, quam ibidem subnectit JCtus, quæ non de satisdatione, sed de satisfactione loquitur. Cum autem planè diversa sit satisfactio à satisdatione, ut tum ex præcedentibus, tum ex eo etiam constat, quod is, qui pecuniæ nomine satisfecit, ex edicto pignoratitiam nanciscatur, satisdatione autem, quæ obligationi

ac-

accedit, ab obligatione non recedatur. *l. 4. §. si ex conventione. ff. de re jud. d. l.* non adversari nobis autumo.

X.

Ad l. 9. ff. de Auth. tut.

Pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur, etiamsi locupletior factus nō sit.

Si enim locupletior factus esset pupillus, non naturaliter tantum, sed & naturaliter & civiliter ex D. Pii constitutione obligaretur. *l. 3. §. pupillus. ff de neg. gest. l. 3. in pr ff. commod. l pupillus. 5. ff. de auct. tut.* Ergò si locupletior factus non sit, naturaliter tantum obligabitur. Idque probatur. 1. Per *l. 1. in fin. ff. de novat.* ubi novatur obligatio, si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Idq; ideò, quia naturaliter teneat ejus obligatio. Atqui naturaliter teneri non potest, si locupletior factus est, nisi velimus dicere, eū qui civiliter & naturaliter obligatus est, naturaliter obligari, quod ineptum est. Ergò dicendum erit, dicto in loco priorem obligationem novari, & pupillum non locupletiorem factum naturaliter obligari tantum, unde etiam nulla ejus obligatio dicitur, in *§. præterea Institut quib. mod. toll. oblig.* Videl. quo ad juris effectum, quia pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare, ita ut civilis contra eam detur actio, nisi locupletior factus sit. *l. novare 20 §. 1. ff. de novat. 2. Stichum 95. §. aditio. ff. de solut.* ubi creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, si postea heres ei extitit, non quando locupletior factus est, sed in solidum creditum suum ex hæreditate retinet. Itaque id, quando locupletior factus est, retinet ideo, quia civiliter ei obligatus fuit pupillus: reliquum autem ideò, quia ad id naturaliter obligatus fuit, non quia in locum pupilli successit, qui hoc præcipuum retinuisset adversus creditorem. Nam jure retinere non posset, nisi vel naturaliter deberetur. Quod etiam ipse textus innuit, dum dicit *in solidum creditum suum retinet* Si igitur creditum est, oportet ex natura relatorum esse debitum. At non civile. Ergò naturale. 3. *l. si pupillus. 127. ff. de V. O.* ubi fidejussor, qui intercesserat pro pupillo Stichum promittente obligatus est ad hoc, ut vivo homine conveniatur. Atqui fidejussor inutiliter ac-

ciperetur, nisi vel civili, vel naturali obligationi accederet. l. *de fidejussor.16.§.2.ff.fidejussor.§.1.§.fidejussores Institut.eod.* V[illegible] obligationi non accessisse, atq; adeo locupletiorem factum non esse pupillum, vel ex eo apparet, quod nulla adversus pupillum sit petitio, non quasi planè & omni jure nulla sit, sed quæ aliqua supersit, quæ de jure civili constituta per exceptionem [illegible]tur. *l. nihil interest 112.ff.de R.J.l.lecta 40.vers.pen ff de rebus cred.* Unde videre est egregiè eos hallucinari, qui in *d.l.127.* JC. [illegible] tempore, quod fuit ante rescriptum D. Pii, respondisse arbitrantur. Nam si diceret JC. olim ante rescript. D. Pii nullam fuisse petitionem adversus pupillum, etiamsi nunc sit, ipse se refutaret: quia tum hoc tempus pupillus moram facere videretur, dum [illegible] peteret adversus eum actio. Sed illud expressè negat Scævola. *l cum illud.25.§.1.ff.quand. dies. legat.* ubi si pupillus Sejus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset, & pupilli creditor istiusmodi legatum reliquisset Titio. *Hoc meus Titio dato, quod mihi Sejus debet.* nullius momenti legatum esse, si petitor ad præsens debitum verba retulit, cum nullum præsens debitum sit. Cæterum si verbo *debiti* naturalem obligationem & futuram solutionem cogitavit testator, utile est legatum, quasi tacite conditio inserta sit, *Titio dato, cum pupillus solverit.* Quæ verba text. manifestissimam eorum pervicaciam redarguunt, qui ibi naturalem obligationem non de ea, quæ revera est, sed quæ esse posset, accipiendam esse arbitrantur. Nam quemadmodum JC. in præcedentibus verbis *debiti* civilem obligationem præsenter adesse ait, non eam quæ esse potest, ita necessario naturalem obligationem præsenter adesse ait, non eam quæ esse potest. Eodem vitio eorum opinionem laborare ex hoc [illegible] dicendum erit, qui eum affirmativè legendum esse ex[illegible], quasi pupillus locupletior factus sit. Nam si locupletior factus esset, præsens esset debitum, & statim adversus pupillum competeret actio, ut ex præcedentib. constat. Atqui reclamat [illegible] negando præsens debitum esse. Opp. *l. pupillus 59. ff. de O. et A. l. quod pupillus. 41. ff. de cond. indeb.* ubi disertè dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem ne naturaliter quidem obligari. Qui loci eo in casu accipiendi, quando pupillus locupletior factus non est, cum si locupletior factus esset, aliud dicendum

foret

foret ex prædictis ll. R. Solutio est in facili. Idem enim pupillus eodem tempore in eadem causa, iisdem conditionibus, diversis tamen rationib obligatur & non obligatur naturaliter. Obligatur, si res spectetur; in re enim obligatio est ex ejus consensu, qua secundum naturam rei gesta non minus tenetur ipse, quam ejus accessiones: Non obligatur habita personæ ejus ratione, quia in ejus persona obligatio est sine effectu, non quasi obligatio verè non subsit, sed quia beneficium personæ sit, quod ei conceditur *l. interdum 29 ff. de cond. indeb.* quod ad fidejussores & alias accessiones pertinere non debet *l. 28. ff. de leg. 2. l. 13. ff. solut. matr.* Ideoque remota personà pupilli ne res effectu careat, contra *l. 1. ff. quod quisq; jur. &c.* ratione obligationis, quæ est in re, fidejussoribus & omnibus aliis ea obligatio tàm prodest re ipsa, aut nocet, quam si alius quivis jure esset obligatus. Prodest debitori, si creditor novàdi animo à pupillo stipuletur, quod sibi ab alio debebatur, quia ex illa stipulatione nata est naturalis obligatio, in quā prior transfusa est. *l. 1. ff de novat. §. preterea Institut. quibus mod. toll. obl.* Nocet fidejussoribus ac reliquis accessionum locum obtinentibus, qui non minus ex hac naturali pupilli obligatione tenētur, quam si pro civili obligatione intercessissent. *d. l. si pupillus. 127. ff de V. O* Itaq; in *d. l. quod pupillus. 41. ff. de cond indeb.* non ideò datur indebiti condictio, quia non verè naturaliter obligatus pupillus (quomodo enim obligatio noceret aut prodesset aliis, quam in ejus persona initium non habuisset.) Sed quia personæ ex singulari beneficio hoc tributū est, quo ipso etiam in re esse obligationē significamus. Nam si revera in re nulla esset obligatio, ad quid concederetur personæ pupilli beneficium in *d. l. interdum. 29. ff. de cond. indeb.* Sed ita distinguentibus inter rem & personam pupill. facessit negotium. *l. si pupillus 21. ff. ad l. Falcid l si ejus 64. ff. ad SC. Trebell.* ex quibus demonstratur, non tantum in re, sed etiam in persona pupilli esse obligationem. Nam dicitur pupillum, cui sine tutoris auctoritate pecunia mutuo data sit, non tantum obligari naturaliter ex ea causa, sed etiam ea obligatione ita teneri, ut si solverit non repetat. R. Superior distinctio eo in casu obtinet, ut præcedentia demonstrant, quando pupillus sine auctoritate contrahens locupletior factus non est. Atqui superiores loci, qui volunt eo in casu ex omni parte i. e. non tantum

in re quæ gesta est, sed etiam in persona pupilli esse obligationem ejusmodi quæ ipsum teneat, loquuntur de ea specie, quando pupillus locupletior factus est. Nam tum quoq; non obstante eo, quod toties de civili obligatione, repertum est naturaliter obligari dicitur absolutè *l. pupillus 5. di. auctorit. tutor.* secundum naturæ æquitatem: quia natura æquum est neminem cum alterius jactura locupletari. *l. 13. §. fin. cum l. seq ff de cond. in deb.* Sed ne res probationis laboret inopia, pupillum in dd. ll. locupletiorem factum esse, tum ex sententia, ex qua non malè desumitur ll. explicatio, teste Ulpian. in *l. 6. §. 1. ff. de V. S.* tum ex verbis ll. demonstrabimus. *Ex sententia*, quia si locupletior factus non esset pupillus, competeret ei indebiti condictio. *d. l. 13. §. ult. ff. de condict. indeb. d. l. quod pupillus. 41. eod. ex verbis.* quia hi quibus natura debetur, non sunt loco creditorum. *l. creditores 10. ff. de V. S. l. creditor. 55. eod.* Atqui utroque in loco is, qui pupillo sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam dedit, creditor nominatur. Ergò de jure civili ibi debebatur pecunia, atque ideò locupletior factus erat pupillus, cum eo tantum in casu civiliter deberi incipiat. *d. l 3. §. pupillus. ff. de neg gest. d. l pupillus. 5 ff. hoc tit.* At dixeris, si locupletior factus esset pupillus, in dd. duab. ll. frustrà ibi quæreretur, an pupillus solutum posset repetere. Nam cum eo in casu adversus pupillum detur actio ex rescripto D. Pii, multò magis inhibetur repetitio per exceptionem. *l. invitus. 156. §. 1. ff. de R J. R.* Si in dd ll. principaliter illa quæstio tractaretur, an pupillus locupletior factus haberet indebiti condictionem, stulta esset dubitatio. Sed jam alia tractatur ibi quæstio, quod etiam ex inscriptionibus titulorum appatet, & quidem eiusmodi, de qua in alia quavis obligatione vera dubitari posset. Nam in *d. l. si pupillus. 21.* creditor pupilli, legatum ei sub hac conditione dederat: *Si decem quæ sine tutore auctore mutua acceperat, heredi reddiderit.* Solvit pupillus decem, quæ vere debebat, cum locupletior ex iis factus esset. Quærebatur deinde, an illa decem solvisset implendæ conditionis causa pupillus, ut sic hæredi nō imputarentur in Falcid. *l. id autem. 76. ff. ad l. Falcid* an tanquam debitum, ut imputarentur. Respondet JCtus, pupillum decem solvere tanquam debitum, adeò ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus est, mortuo, nihil repetere possit. Quod tamen non me-

meritò in dubium vocari poterat in eo, quod conditionis implendæ causa solutum est, etiamsi verum dictum esset. Deinde in *d.l.si ejus.64.vers. & si ejus ff.ad SC.Trebell* pupillus solvit ei, cui restituta est hæreditas ejus, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderat. Quæritur an pupillus solutam pecuniam possit repetere: non ideò quasi dubitaretur, an verè suo creditori teneretur, sed quia alii, quam creditori videbatur solvisse. Respondet JCtus eum non solvisse alii, quia ab hærede in fidei commissarium post restitutionem naturalis obligatio translata intelligitur.

XI.

Ad d.l.9.§.pen.

Tutoris auctoritas perfectum negotium statim sequi debet.

l.si quis mihi 25.§.jussum ff de acquir.hæred. ubi traditur, hoc interesse inter jussum ejus, qui in potestate habet, & auctoritatem tutoris, quod jussus præcedere debeat, auctoritas autem interponatur perfecto negotio. Differentiæ ratio hæc est: Jubemus futura ut fiant: simus autores iis, quæ facta sunt. Nam Paulus in *l.3.h.t.* dicit, auctorẽ fieri tutorem, cum se probare dicit id, quod agitur. At quomodo probet tutor, ubi nondum gestum est, quod probet. 2. Quia ea, quæ in continenti fiunt, negotiis ipsis vel contractibus inesse dicuntur, *l.lecta.40 ff.de reb.cred.l.7.§.quinimo. ff.de pact.*3. Si tutoris auctoritas in ipso negocio interponi deberet, tũ non pupillus nomine proprio, sed tutor pupilli nomine, legis actionum solemnia adimplet. Atqui nemo alieno nomine lege agere potest. *l.nemo 123.ff de R.J.* Ergò post solennia legis actionũ verba ab ipso pupillo, qui fari potest. *l.mulier.70.ff de V.O.* pronũciata tutores demum auctoritatem suam iisdem negociis accõmodare debent. Statim tamen post negocium perfectum. Nam post tempus, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit. *d.l.9.§.pen. ff.h.t.* Sed hæc ipsa lex huic assertioni graviter adversari videtur. Nam dũ ait, quod tutor statim in ipso negocio præsens debeat auctor fieri, post tempus verò, aut per epistolã interposita ejus auctoritas nihil agat, negare videtur perfecto negocio tutorem auctorem fieri posse. Resp. Illa verba. *in ipso negotio.* sunt:

ſunt ambigua, & jungi poſſunt cum verbo *fieri*. poſſun[illegible] jungi cum verbo *præſens*. Priori caſu ſenſus talis eſt, Tutor [illegible] negotio, nõ autem perfecto demum negotio debet auctor [illegible]. Poſteriori talis eſt, Tutor debet ſtatim auctor fieri, & debet [illegible] ſens eſſe, cum negotium geritur. Cum igitur in ambigua voce [illegible] gis ea potius accipienda ſit interpretatio, quæ vitio caret *l. ambigua 19. ff. de ll.* priorem rejicimus, quia apertè adverſatur *d. l. [illegible] cuis. 25. §. juſſum ff. de acquir. hæred.* & auctoritatis de[illegible] tion[illegible] traditur in *d. l 3 ff. eod.* poſteriorem verò retinemus, & dic[illegible], non negari in *d. l. 9. §. pen.* quod poſſit tutor ſtatim contra[illegible] negotio conſentire, ſed hæc verba. *in ipſo negocio*, præſens tantu[illegible] adjici ad excludendum conſenſum abſentis, qui per n[illegible] voluntatem ſuam declarare volebat. Eamq́; explication[illegible] textus approbat. Nam ut duo exigi à tutore videl. u[illegible] ſtat[illegible] ctor fiat, ut præſens ſit, ſeq. verſ. oſtendit, his verbis *poſt te[illegible] rò aut per epiſtolam interpoſita auctoritas nihil agit.* ita præce[illegible] explicationem haud obſcurè innuit, dum *poſt tempus*, [illegible] ei, quod dixerat ſtatim: *per epiſtolam* autem ei, quod d[illegible] *ſens.* ſignificans per præſentem intelligi eum, qui in ipſo ne[illegible] præſens eſſe, non autem per epiſtolam aut nuntium aucto[illegible] tem interponere debet.

XII.

Ad l. 7. §. 1. ff. de ſuſpect. tut.

Remotus ob latam culpam non fit inf[illegible].

l. ult. C eod §. ſuſpectus. Inſt. eod. ubi dicitur, quod [illegible] remotus ob dolum fiat infamis, ob culpam non æquè. C[illegible] rur in delictis pœnalibus, pœnas capitales & infam[illegible] tibus, dolus & lata culpa non æquiparentur. *l. 7. ff. ad l. Corn.* [illegible] *l. iſti. 8. in fin ff. quod met cauſ l. juſta ff de manum. vind.* [illegible] *de his qui not. infam* culpam, ſed dolum tantum notet *l.* [illegible] *11. §. pen. ff. de his qui not. infam.* dicendum non e[illegible]t, [illegible] ſub dolo comprehendatur lata culpa. Op[illegible] *l.* [illegible] *l. quod Nerva. 32. ff. depoſ. l. 1. §. is quoque ff. de O. & A* Sol[illegible] promptu erit ex iis, quæ antea diximus. 2. Oppon. *d.* [illegible] § [illegible] dicitur, quod lata negligentia pro[illegible] acc[illegible]

[illegible]

verum est ratione remotionis, quia tam propter latam culpam, quàm propter dolum quis removetur, ut suspectus, non ratione infamiæ.

XIII.

Ad l.6.§.fin ff.de excus tut.

Ejus, qui se negat literas scire, excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum.

d.l.6.§.fin. Cui adversari videtur *§.similiter.Institut.eod. Cujac. ad d l.6 § fin.* putat D. Pium mutasse, quod ibi dicitur, ut jam sit necessaria literarum scientia, ad id ne excusetur, & sic hodiè illiteratus quivis sive peritus, sive expers sit negotiorum, excusatione non mereatur. *Aliter* hæc contraria conciliat *Wesenbec ad d. §.similiter.* asserens, imperitos literarũ & negociorum peritos à procuratione negociorum non excusari, eosque reliquis tutoribus velut administros adjungi posse, & ita intelligi *d.l.6.§.fin.* Sed tantum à tutela & cura ipsa, & ita intelligi *d § Similiter.* quia in his confici inventarium & conscribi rationem necesse sit *l tutor 7.ff de adm. tut.* quod ab imperitis literarum commodè præstari non potest. Sed utriusque conciliatio vitio laborat, ut optime demonstratum est à *l ult. 1. d. firm. 8* itaque respondendum ... olim ex constit. D. Pii, imperitos ... ob imperitiam sese excusare potuisse, sive expertes literarum & negociorum essent, sive expertes quidem literarum, sed negociorum periti essent, ut apparet ex *d.§.similiter.* Sed id postea tempore Pauli, cujus responsum refertur in *d.l.6 §. fin.* immutatum est, ut hi quidem quocunque modo tutores vel curatores dati sese excusare non possint, illi autem ipso quidem jure tutores vel curatores sint, sed propter illam literarum & negociorum imperitiam excusentur. Cum itaque *Justin. in d. § similiter* proposuisset ex scripto D. Pii talem regulam: qui literas nesciunt sunt excusandi, subjecit deinde ex sententia & distinctione Pauli quæ relata est in *d.l.6.§.fin.* hanc exceptionem: quamvis & imperiti &c. ut Particula *quamvis* sit restrictiva, & ponatur pro *nisi* quem-

 admo-

admodum fit *in l. 7. §. si quis. 5. ff. ad exhib. l. 2. §. incertam. ff. de supe-rator.* Diss. *Donell. 3. comm. 9.*

XIV.

Ad l. 13. ff. eod.

Non à tutelæ datione, sed ab excusationis rejectione appellare licet.

Ordo enim tractandæ excusationis ejusmodi traditur in *d. l. 13. pr. §. qui autem. Institut. eod. l. humanitatis. 23. C. eod. l. . § . quan l. appell* ut nulla appellatione præcedente rectà adeat judex competens, apud quem se tutor excuset, allegans certas causas, cur excusari debeat, easque magistratus de his cognoscens aut statim repudiet, si legitimæ non sint: aut tutorem à tutela excusandum pronunciet, si veras & legitimas eas esse probatum fuerit: Sin verò id probatum non fuerit, repudiata excusatione tutorem manere pronunciet. A qua demum sententia tutor, si ita ei visum fuerit, appellare potest. *l. quanquam 15. C. eod.* Non enim appellatur, nisi à sententiis judicum. *l. 1. ff. de appell.* At tutores testamentarii & legitimi sententia judicis dari non solent. Imò nec dativi. Nam hi sine alia causæ cognitione ut plurimum dari solent à judice, & proinde sine sententia. Sed etsi interdum causæ cognitio & sententia magistratus interveniat, ut fit in confirmatione tutoris: non tamen ille tutor tàm à judice dari intelligitur, quàm à testatore, cujus judicium magistratus causâ cognita sequi jubetur.

XV.

Ad l. 4. §. 3 ff. de tutel. & rat. distr.

Minori adversus curatorem utilis negotiorum gestorum, vel ex stipulatu actio etiam manente administratione conceditur.

d. l. 4. § 3. l. 16. §. ult. ff eod. l. 26. ff. de adm. tut. l. 4. §. 4. ff. rem pup salv. for. quia non idem in his actionibus, quod in tutelæ actione, quæ non nisi finità tutela competit. *d. l. 4. in pr. h.* con-

stu-

stitutum est. Et illam differentiam potestatis ratio facere videtur, quã tutor in pupilli caput habet, curator non itẽ. *l.1.ff.de tutel.* quia nec ulla alia actio pupillo est in tutorem ex causa, quæ cœperit tutelæ tempore, *l.9.§.fin.cum l.seq.* sed ex contractu tantum paterno, & causa præcedente tutelam, speciali curatore auctore. 1.Opp *l.2 l.14.C.de adm.tut.* vid. *Cuj.17.O.7* 2 Opp. *Wesenb.in π.h.t.n.7.d.l.26.ff de ad tut.* per quam probare vult actionem tutelæ etiam durante administratione dari. Sed cum hæc certissima juris principia impingat, quæ tradita sunt *in d. l. 2. l.14.C.de adm.tut.§.fin.Inst de attil.tut.* non de tutelę, sed de utili negotiorum gestorum & ex stipulatu actione, *d.l.26.* accipienda erit, quemadmodum supra demonstravimus.

DISPUTATIO DECIMA SEPTIMA.

RESPONDENTE

GEORGIO Röll/ FULDENS.

THESIS I.

Testamentum origine Juris gentium est.

Distinguit *Cujac. ad l. 1. h. t.* testamentum à testamenti factione, hanc Juris civilis, illud Juris gentium esse contendit. Non rectè; Si enim testamentum aliquod Juris gentium est, necessum & sit testamenti factio, cũ abstracta testamenti consideratio, sine ea nulla sit. Non quidem inficior, suę quemq; civitatis legibus testari, Romanum Romanis, Siculum Siculis, at non ex eo testamenti factionem ad jus civile (ut est ejus verbi significatio) restringes. Verborum igitur non rei illa est distinctio. Utrumq; juris gentium esse sic probo. 1. Jus gentium est, quod naturalis ratio inter homines constituit. §. 1. *Instit de Jure Nat. Gent. & Civil.* naturalis autem ratio, sempiterna & immota, quasi tacita lex vult, non solùm ut nobis, sed & libe-

ris,

ri, iiq; qui de nobis benè meriti sunt, prospiciamus *l. 7. [illegible] ri.* Hoc autē nullo alio quam testandi modo fieri poterit, [illegible] per solam successionem ab intestato id fieri posse dixeris, id [illegible] surdi inde consequetur, & ingratis liberis proximisq; non [illegible] meritis, necessariò hæreditatem reliquendam esse, qui tamen omnium gentium legibus & institutis acerrimè puniti [illegible] (*Valer. 5. c. 3. de ingrat. Fulgos. 5. de ingrat. 3. Sabell. 7. de ingrat.*) Quod inter vivos conceditur, illud multò magis in ultima voluntate concedendum erit. *arg. tit. Inst. d. l. Fus. Can. toll.* Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & [illegible] tum quod iterum non reddit arbitrium. *l. 1. C. de SS. Eccl.* At apud omnes gētes inter vivos de rebus suis disponere cuique licuit. *l. 5. de justitia & jure. l. in re mandata. C. mandati.* Cur non igitur & ultima voluntáte? 3. Quod de genere affirmatur, de omnibus ejus speciebus affirmatum censeri debet. *arg l. Julia [illegible] gat. 3.* Successio autem in genere juris naturæ, vel quod idem [illegible] juris gentium esse perhibetur. *c. naturale distinct. 1. l. scripto 6. [illegible] lib. l. 7. de bon. damnat.* Ergò & ea quæ ex testamento defertur. 4. Quia *ut auctor est Plutarch.* Solon apud Athenienses gratiam præponens necessitati, & amicitiam propinquitati, legem de [illegible] testandi voluntate tulit, formam quoque testamenti Aristotelis recitat in vita ejus *Lacert. de vit. Philosoph.* Occurrunt & [illegible] frequentia exempla in veteri testamento, inter quæ vel [illegible] jus rei probandæ causa evidentissimum est, quod legitur *Esaiæ 38.* Ezechiam Regem compellantis; Dispone domui tua (*[illegible] Propheta*) quia morieris & non vives, quod nullam aliam recipere potest interpretationem, quam si dixisset, testare de rebus tuis &c. *argum. c. disponat. Novell. de nupt* Non his adversatur, *quod [illegible] tus refert.* majores nostros usum testamentorum ignorasse, quia ab instituto unius aut alterius populi ad inversionem juris gentium procedendum non est. Derbices & Massagetæ parentes senio confectos devorare solent, non tamen inde consequitur, honorari debere parentes non esse juris gentium *l. 2. de [illegible]* Lacedæmonienses edulìorum furta permiserunt, non tamen [illegible] [illegible] inferes, furtum non esse jure gentium prohibitum. *[illegible] §. 3. de furtis. l. probrum. 42. de V. S.*

II.

Ad l.1. eod.

Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.

d.l.1.h t. Definitio hæc ex sequentibus impugnatur. 1. Nullum testamentum sine hæredis institutione. *l.fin.ff.de jure Co[illegible].* Sed definitio ejus non meminit. E.R. sub verbo, *Justæ*, eam contineri, quę enim justa sententia? an quę jure facta est? sic. At non jure facta dici ea sententia potest, quæ fundamentum sententiæ, nimirum hæredis institutionem non continet. *§.ante. 35. Inst. de legat.* Et certè testetur licet quis minutissima quæq; persequendo, quid citra hæredis institutioné valebit, aut quomodo ad effectum perveniet? Sed justo. Et Codicillos sub hac definitione comprehendi, cum & ii jure factam sententiam contineant, nec tamen testamentum erunt. *l. si idem de Codicillis* R. Et Codicillos & testamentum jure factam sententiam obtinere, sed diversimodè, Codicilli jure factam in suo genere obtinent, citra ullam directam hæredis institutionem. *§.pen. Inst. de Codicill.* quam habet testamentum. Sed nec sic subsistit, cum & quoddam testamentum peregrinorum reperiatur. *Ulp. in frag. tit. [illegible]o. § Latinus.* quod tamen non jure factam senté[illegible] continet. R. Testamentum non dividi, [illegible] justum sit, aliud injustum, quoniã injustum testamentum non est species testamenti, cum revera non sit testamé-tum *l.2.§.1.ff.quemadm.test.aperiantur*, nec in Rep. Romana vires aut effectum ullum sortietur. De testaméto militis quod objicitur ex interpretatione vocis *Justa*, ad definitionem propositam pertinere apparet. Scio *D.Viglium ad pr.Inst.h.t.n.26.* justum interpretari solennem ex *l.1.ff.de injusto rupto. irrit.* quæ quidem explicatio ex mente JCtorum non inconcinna est. *Ulp. tit. 20. in pr.* sed ita militis testamentũ ex definitione hac excludimus, quod *Vigl.d.l.* facit, sed ne faciamus, natura rectè definitionis suadet. Non enim debet angustior esse suo definito, qualis hæc esset, si militis testamentũ excluderemus, cũ illud æquè sit testamentũ ac paganorum, licet non solenne, cum solennitas alteĩ speciei sit,

quare ne illud excludamus, superior interpretatio nostr[illegible] nitioni melius conveniet. Opp. insuper, quod fideicom[illegible] & donatio causa mortis universales dispositiones esse [illegible]. Ergò & sunt testamentum. R. In eo non consistere diff[illegible] testamenti, quod de omni patrimonio in eo disponatur, [illegible] hæres instituitur, qui in cæteris non est, cujusq; autem [illegible] jure peculiaris est differentia, in reliquis autẽ Juridici a[illegible] venire possunt. Obst. Quod & institutio in re certa fi[illegible] *1. §. si ex fundo. ff. de hæred. instit.* Ergò non rectè definitu[illegible] quod quis. 1. R. Aut solus instituitur quis in re certa, [illegible] aliis; Priori casu detracta rei mentione ex asse institutu[illegible] bitur, licet id expressum non fuerit, atq; ita institutio ut[illegible] vel verè, vel juris interpretatione universalis est, idq́; favo[illegible] timatum voluntatum receptum est, ne concidant.

III.

Ad l.3. eod.

Testamenti factio non privati, sed publici juris est, ideoq; forma ejus privatorum pactis non læditur.

d.l.3. Ne quisq;, prout vellet, ultimæ suæ voluntatis c[illegible] elogium, certa eaq; solẽnis à jure civili præscripta est te[illegible] ma, quã is, qui exitum suæ testationis esse cupit, observ[illegible] jubetur *l. testandi. C. de testam. l. nemo. ff. de leg. 1. l. quid bonis. §. 1. ff ad* [illegible] *eod.* A qua si vel latum unguẽ recesserit, injusta ejus habe[illegible] luntas, quod sane ita providendum summa exigit necess[illegible] n. cuiq; pro libitu, qua vellet forma, testamentũ cõdere [illegible] teretur, in infinitas altercationum confusiones raperet[illegible] ma testatoris voluntas, & dũ quisq́; novam testandi for[illegible] fectaret, infinita orietur litium copia, hanc ob causã tot l[illegible] stamẽtariæ latæ sunt: l. 12. tabul. Falcidia, Furia, Voconia, V[illegible] Cornelia, Caninia, plurimaq; itidẽ selecta & solẽnia, u[illegible] JCtis quisquã testamentum facere auderet. *l. Lucius. § fin ff.* [illegible] *2.* ne videlic. aliquo ex solennibus deficiente, tota d[illegible] corrueret voluntas, quæ omnia cum non privatam, sed [illegible] omniũ civium respiciant causam, non possunt pacto [illegible] immutari: Unde cum l. 12. tab. soli patrifam. testari permi[illegible]

verbis

verbis legis de V. S. juncta l. 6. h. t. non poterat parens, ut maximè velit, testandi facultatem filio concedere, *in pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Et hæc certa ex omnium sententia sunt, solo Revardo 5 *variar. 12* reclamante, qui putat, Tribonianum notis deceptum, contra mentem Papiniani testamenti factionem publici juris statuisse. Cum n Papinianus ita scripsisset: testamenti factio n. P. sed P. I. est, ita vertti debuit, non publici sed privati juris est. Propterea quia jus publicum nihil aliud sit, quàm quod ad statum rei Romanæ spectat *l. 1. §. 1. ff. de just. & jur.* quod cum lege Regia sublatum sit, omnis etiam publici privatiq; Juris antiquata est differentia. R. Jus publicum dupliciter in Jure nostro accipi. 1. Pro eo, quod ad statū rei Romanæ spectat. 2. Pro eo, quod quidem ad singulorum utilitatem pertinet, sed tamen à Jure publico ita dependet, ut in privatorum hominum potestate non sit; & hoc modo testamentum publici Juris dicitur.

IV.

Ad l. 6. eod.

Num filiusfam. de adventitiis iis, quorum usufructus ad patrem non pertinet, testari possit? N.

l. penult. C. qui t. fam. fac. poss. Donell. 6 com. 5. D. Viglius n. 16. ad pr. t. quib. non est perm. fac. test. ibid. Vult. Mynsing. & alii Duaren. in com. quib. non est perm. fac. Contrarium statuit *Johann. Vaudus. 1. Var. quæst. 1.* Cujus argumenta hæc sunt. Idem juris observatur in his bonis, quod in Castrensi. & q. Ergò & hoc casu poterit testari. Nam ut nihil juris pater habet in his, sic & in illis. R. Non eam esse rationem prohibitionis, quod pater usumfructum bonorum adventitiorum habet, sed quia jus testandi tribuitur jure publico & L. 12. tab. *Paterfam. uti super pecunia, tutelave sua legassit, ita jus esto. l. verbis legis de V. S.* quæ lex remissa est in peculio Castrensi, & ad exemplum ejus, in quasi, propter favorem militiæ, qui nullus est in casu nostro. Instat *Vaudus.* Idcircò in cæteris adventitiis testamenti faciendi filiofam. jus non est: quia eo etiam diem functo earum rerum usufructus patri, quandiu vixerit, conservatur incolumis. *l. ult. C. de usufr. cap. licet enim*

enim Novell. de hæred. ab int. ... quod in proposi[illegible] longè di[illegible] est Eadem, quæ ad superius, respõ[illegible]ione uti po[illegible], cui [illegible] ad-do, licet ususfructus patri nostro casu non quæratur, [illegible] ta-men periculum ad vetitum, quia rei propriam forn[illegible] tant accidentia. Quin & testamentum non est solum di[illegible] de bonis, sed de jure familiæ, quod deest filio, cū ipse sit in fami-lia patris. *l. pronunciatio 195. §. familiæ. de Verbor. S.* Objicit [illegible] *Vaudus.* Quod de iis bonis testari possit, quæ ex secundo [illegible] matrimonio filius lucri fecit, *Novell 22. c. 26. vers. si verò.* R. [illegible] rectè textum illum à *Vaudo* intellectum esse, prout ibi Cu[illegible] li-cat. Movetur denique *Nov. 117. cap. 1.* R. Illa verba *qu[illegible] spon. re*, ii [illegible] nda, quatenus jure permissum est, pe[illegible] vero est tan[illegible]um inter vivos disponere. Unde rectè *no[illegible]* [illegible] data sunt filiofam. cum hac exceptione, *Ne de his t[illegible] sit.* Imò [illegible] *d. Novell.* intelligendam omninò verba text[illegible] cunt primùm in verbis; *siquidem perfectæ ætatis sint*, quæ ve[illegible] aliud, quam domesticam dispositionem important. [illegible] qui & perfectæ ætatis non sit, testamentum facere po[illegible] *testam fac poss.* Sequitur in textu: *Si verò ætate minores sint* [illegible] *perspexerit testator, aut donator hæc gubernentur*, quod de d[illegible]tione inter vivos intelligendum quis non videt. At [illegible] quod inter vivos conceditur, id multò magis in ultima vo[illegible]tate concedendum est. *arg l. Fusia Can toll. tit. 7. lib. 1.* In[illegible] argumentum à contractibus ad ultimas volunt[illegible] tum [illegible]re, cum eadem est ratio, non verò ubi diversa *l. legato 4[illegible]* *Vide Eberh. in topic. in loco à contr. ad ultim volunt. Gœd. a[illegible] l. [illegible] ff. de V. S.* At hic est diversa, quia *l. 12. tab.* loquitur de [illegible] tantum. At in alienando, contrahendo lex non distinguebat, utrum qui hæc faceret, esset paterfam. an filiusfam. S[illegible] tem spectanda est lex non quid privatus velit. Obi[illegible] *l. fin vers. filiusf. C. de bon. quæ lib.* Sed breviter omissis [illegible] re-sponsionibus, dico argumentum à contrario sensu ex [illegible] duci, quod cum ei lex aut ratio adversatur, non proced[illegible] adversarii ex *d. l penult.* apparet.

V.

Ad l. Ejus qui. 8. §. 1. hoc t.

Dam[illegible]

Damnatus ad mortem, nec dum hodiè recte testabitur.

l. ejus. 8. §. si cui. ff. qui testam. fac. poss. l. 6. §. initium. ff. de injusto rupt. irrit. l. 29. ff. de pœnis. libertatem enim, civitatem & bona amittunt. *d. l. ejus. §. fin. ff. qui test. fac. poß. Vasq. 3. illustr. controv. 96. Graff. in §. testamentum. q. 26. & seq. Schneidw. in § fin. Instit. quib. non est perm. fac. Gail. 1. de pac. publ. c. 19. n. 8. Dauth. in tract. de testam. n. 204.* Sed obstat, Ratione legis cessante, cessat & ipsa lex. At hodiè ratio legis cessat, quia bona damnatorum hodiè non confiscantur. *Authent. bona damnatorum. C de bon. proscript.* quæ erat prohibitionis ratio *d. l. 8. §. final* R. Bona non hodiè fisco ut olim applicari, sed penes hæredes damnati manere. Quod tamen intelligitur de hæredibus legitimis & ab intestato, nec ex testamẽto, neque absurdum est, legitimos quem habere hæredes, qui tamen testari nequeat, ut de filiof. pupillo, furioso, & similibus constat *Daut. d. tract. n. 204.* Sed obstat, quod hodiè libertatem retineant *Authent. sed hodiè. C. de donat. inter vir. & uxor.* R. loqui *Authent.* de iis qui post sententiam vivi remanent. *Dec. & Cagnol. ad l. servitutem. ff. de R. J.* Vel si generaliter intellexeris, tamen prior & tertia ratio obtinet. Et notum est, quoties plures prohibitionis rationes sunt, unicam eversam esse, ad eversionem rei non sufficere.

VI.

Ad l. 11. eod.

Obsides testari non possunt, nisi eis permittatur.

Ait *Ulpianus in l. 11. h. t.* qui enim incertus est de statu suo, certam legem testamento dicere non potest. *l. 14. in fin. h. t.* Obses autem conditionis incertæ videtur, cum enim ea conditione datur, ut fide non servata, ab eo qui eum dedit, potestas cõcedatur in corpus & vitam ejus sæviendi, apparet interea eum planè incerti status & conditionis esse, atque de casu prætermissæ liberationis intelligo. *l. Divus. 31. ff. de jure fisci.* puta si in eo statu decedat obses, quo enim jure aliàs bona ejus fiscus occuparet, cujus li-

berandi ſpes ſupereſt, quod confirmat *l. 32. eod.* quæ h[illegible] ceptionem ſubjicit, niſi accepto uſu togæ, ut civi[illegible] ſemper egerit; ut enim Græcorum pal[illegible], ita & R[illegible] toga propria fuit, cujus jure ſi quis peregrinus do[illegible] tus eſſe incipiebat, hoc eſt, civis Romanus, unde V[illegible]

Romanos rerum dominos, gentemq́; to[illegible]

appellat, quod Ethnicorum inſtitutum ne illi qui Ch[illegible] oni nomen darent, imitarentur, ſi antea togati erant [illegible] ga pallium induebant. Unde natum illud dicte[illegible]ium: *A[illegible] pallium*, de quo vide *Tertil. lib. de Pall.* Altera exceptio eſt [illegible] *h. t.* ſi nimirum obſidi teſtari permittatur, quod ne co[illegible] ſit *l. 3. h. t.* intellige, ſi Princeps ei permiſerit.

VII.

Ad l. 13. eodem.

Prodigus poſt interdictionem teſtari [illegible] quit, quæ an ipſo jure vel magiſtratus ſent[illegible] tia fiat? controvertitur: Prius dico.

In pecuniarum uſu *teſte Philoſopho* duo ſunt vitia, qu[illegible] terum in exuperantia poſitũ eſt, diciturq́; prodigalitas, [illegible] defectione, quæ appellatur avaritia, ac avaritię quidem [illegible] eos transferimus, qui nimio pecuniarum ſtudio tenẽtu[illegible] P[illegible] galitatem a. quandoq; cum aliis vitiis confundimus, in po[illegible] n. & qui ſumptus faciunt, profunduntq́; pecunias in eas res, [illegible] ſunt intemperantiæ, prodigos dicimus, qui quidẽ, etſi [illegible] videantur ſapientes, factis tamẽ inſipientes ſunt *l. his* [illegible] §. [illegible] *Pius ff. de tut. & curat. datis &c.* ſimilemq́; cum inſipie[illegible] norũ ſuorum exitũ facere dicuntur. *d. l. his qui ut ex l. S*[illegible] mes habiti ſunt, *referẽte Laërtio*, quod tamen [illegible]ure civili [illegible] non eſt, quo ſaltem æſtimatione & judicio vul[illegible] le[illegible] nionis habentur. *l. non debet. 11. de dol. malo.* quia non ne[illegible] & affectione illi peccant, ut alii delinquentes, ſed [illegible] conſiderãtia, quod neſciant, quid valeat nummu[illegible], nec [illegible] ro cogitant, ſed *ut Plautus alibi ait*: bona ſua pro ſterco[illegible] quæ res & ipſis bonorũ ſuorum adminiſtratione interdici[illegible] poſt-

postulat, ne videlicet postea fame & paupertate pressi, graviora moliantur facinora. Unde & *l. 12. tab. ul.* ipsis ad exemplum furiosorum bonis interdicitur *l. 1. de curat. furios.* Ex quo nunc sic stabilitur sententia nostra, furioso autem interdicitur ipsa lege. §. *furioso Inst. de Curat.* Ergo & prodigo, quod confirmant verba *l. 12. tab. apud Ciceron. 2. de invent. Si furiosus existit aut prodigus agnatorum gentiliumq; in eo, pecuniaque ejus potestas sto.* Æquiparationem illius argumenti (*ait Gœdd. de cont. & com. stipul. c. 6. n. 59.*) secundum quid nō per omnia procedere, fatemur nō per omnia, sed quid hoc ad argumēti dissolutionē. Secundū quid, id est, secudū casū nostrū procedit. Et hoc si probatū non opº de æquiparatione per ōnia disputare: Secūdū casū negare videtur dū ait, *Furioso ipsa natura, non lege administ. bonor adimi*, & verū illud naturā, hoc est, morbū animi in causa, ut ei per legē bona adimātur. At hoc in prodigo qui negat. *Ulp* adeat *in l. bis. 12. ff. de tut. & cur. dat. Pompon. in l. furiosi 40. de R. J. & notata ipsi Gœdd. d. loc. n 121 & 123.* Sed occurritur nobis *l. 1. ff. de cur. fur. & §. furiosi Inst. de Curat.* Quib. in locis Prætorem vel Præsidem prodigo hodiè curatorē dare dicitur, quod nihil aliud est (*ut contra sentientes statuunt*) quam hodie Prætores vel Præsides prodigo bonis interdicere Sed aliud esse bonis alicui interdicere, aliud curatorē dare *à Don. ad l. 6. n. 10. de V. O.* observantum est. prodigo interdicitur bonis ipso jure *l. 12. tab. scilic.* At prodigo datur curator à Prætore & hoc est quod *Ctus dicit in d. l. 1. Sed solent hodiè Prætores vel Præsides curatores ei dare*; non verò bonis interdicere, verum hæc separata nō esse *Borch* placet, sed inseparabiliter cōnexa. Nam qui dicit in curatione est, simul hoc dicere censetur bonorū suorum administrationē ei ademptā esse, quod verissimum puto, sed ad nos nihil. Hoc n ipsi probandum foret, non antea bonorum administrationem ipsi ademptam esse, quam in curationem incidit Est in curatione E. bonorum administratio ipsis adempta est; concedo. Sunt in curatione. Ergò bonorum administratio ipsis anteà adempta nō est. Nego, exemplo furiosi, cui ipso jure bonis interdicitur, ut omnes consentiunt, sed ei curator à Prætore vel Præside nihilominus datur. *d. l. 1. §. furiosi.* & eatenus hoc verum, quod illi inseparabiliter connexa hæc dicuntur sc. si ante dationem curatoris ipsis bona per legē adempta nō sunt sed urgeri potest, olim *l. 12. tab.* prodigo etia bonis inter-

dictum.Hodiè verò curator prodigo datur à magistratu *d. l.* [illegible] hodiè bonis interdicitur à magistratu. Verum facilè [illegible] objectioni quis responderit, si *in d.l.1.*illud correctum animadvertamus, hoc verò non item, & quod mutatum non est, cur stare prohibeatur *l.sancimus.C.de testam.l.præcipimus.C.de appellat.*

VIII.

Ad l. 20. eod.

Legatarii etiam rectè in nuncupativo testes adhibentur.

Testator enim elegit fidem legatarii, quoad totum: testamentum autem est individuum, proinde circa legatum ejus [illegible] spici nequit; probat & hanc sententiam. §. *Legatariis. In*[illegible] *stam.ord.*quem §.scio *Duaren.in com.qui test.fac.poss.c.de test.* [illegible] accipere de testamento in scriptis facto, quod fortassis e[illegible] demonstrari potest. Ratio tamen qua utitur *Imper. in §. l*[illegible] tàm in nuncupativo, quàm scripto testamento obtinet, [illegible] *quia non juris successores sunt*; hoc est (*ut rectè ibid. noster V*[illegible] *plicat*) quia negotium non censetur cum ipsis, sed cum hæredibus agi. Nostram sententiam confirmat *l. 20. in pr ff qui test. fac. poss.* quæ lex cum indistinctè & generaliter loquatur, ut no[illegible] distinctè & specialiter in testamento scripto excipiamus, [illegible] juris non patitur. *l. de pretio ff. de Pub. in rem action.* ad quam legem nec sibi ipsi satisfaçere *Duaren.* videtur. Facit & *l. dictan.* [illegible] *de test.* hisce verbis: testibus etiam ad efficiendum volu[illegible] adhibitis pro suo libitu, quod voluerit testator, relinquere [illegible] prohibetur. Ergò & nuncupativo rectè interveniunt, & quid prohiberet? Animadverto illud opponi, neminem idoneum testem esse in re sua propria. *l. nullus. de testib. l. omnibus. C. de test.* & propriam rem seu causam definimus, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *l. 1. §.* [illegible] *ff. quand. appel. sit.* Atqui emolumentum legati ad legatarium suo nomine pertinet. E. R. Hoc speciale esse in testamentis, ut etiam illæ personæ, ad quas commodum aliquod ex [illegible] pervenit, testes esse possint. Rationes specialitatis hæ sunt. 1. Quia numerus reliquorum sex testium, qui vel per se satis esse potest,

cum-

Conjunctim cum legatario facilè, & hujus testimonium ab omni falsi suscipione tueri potest. 2. Quia legatarii non juris successores sunt, quæ ratio eos ab hæredibus separet. *d. §. legatariis Institut.h. tit.* 3. Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. *l. si quis ita. de rebus dubiis.* E. quod ad ejus confirmationem adhibitum est in ejus infirmationem vergere non debet. *argum. l. 19. ff. de Legat. 1.*

IX.

Ad l. 20. §. 2. eod.

An pater ejus, qui de Castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit? Affirm.

d. l. 20. § 2. Quod enim parentes in filiorum testamentis testes regulariter adhiberi nequeant, fit propter patriæ potestatis vinculum. *§. in testib. Instit. de test. ord. d. l. 20 in pr. h. tit.* quod in Castrensi peculio non attenditur, utpotè in quo filiusfam. vicem & personam patrisfam. repræsentat. *l. 2 ad SCtum Maced.* Accedit & alia ratio, quod hic filiusfam. testari possit, etiam sine ullo teste, vel solenni numero, ut sic parentem (fingamus enim ipsum non æquè idoneum) rectè adhibere possit, cum etiam si is adhibitus non fuisset, testamentum consisteret, ut dicitur de muliere, cui datur actio ex stipulatu, ubi nulla fuit interposita, multo magis [illegible]tur dab[illegible] ubi fuit interposita. *l. unic. in pr. C. de rei uxor. act.* quod totum ita intelligimus, si in expeditione testetur, nam si post missionem testari velit, jure communi testari cogitur. *d. §. in testib. Inst. h. t.* quo nullum est parentis in liberorum causis & negotiis testimonium. *l. testis idoneus. ff. de testib. l. parentes. C. eod.*

X.

Ad l. 20. §. eod.

Eum, qui L. Julia repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi NON *posse existimo.*

Inquit *Ulp.in d.l.20.§.5* quoniam in judicio testis esse ve[illegible] quæ ratio subjecta corruptam Florentini exemplaris le[illegible] hoc loco arguit, quæ dempta negatione habet *posse exist[illegible]* [illegible] enim *Ulp.* argumentatio à majori ad minus ducta, non po[illegible] mnatus repetundarum in judiciis testis esse. *l. repetundarum.* [illegible] *stib.* Et multò minus adhiberi poterit in testamento, quia [illegible] plus est, testem esse in testamentis, quam in judiciis, q[illegible] gravior & sanctior est actus ille testamentarius, ita in ad[illegible] testibus major cura testium adhiberi debet, utpotè à quo[illegible] de ejus vis potissimùm depēdet; in judiciariis autem del[illegible] propter præsentiam cùm judicis, tùm adversæ eum ad[illegible] partis haberi non debet, maximè cùm & hîc testes jure[illegible] adstringuntur, interrogantur, repelluntur. Sic & mulier in judiciis testis esse non prohibetur. *l 20.§. mulier. 6. hoc tit.* in te[illegible] tis verò non admittitur (*Hottoman 1. observ. 21. Cujac. ad d l. 2* [illegible] *h.tit.*) Oppon. solet *l.pen. C. de hæredit.* Ubi certis hære[illegible] monium testamentarium permittitur, judiciale aute[illegible] betur, ut sic falsum esse illud per conseq. videri posset, q[illegible] mus, plus esse in testamentis, quàm in judiciis testimoni[illegible] hibere. R. *Johan. Dauth. ad l.20. h.tit.n. 8. fol. (mihi) 481.*

XI.

Ad l.21.in f. h. t.

Contractus in testamento celebrari ne[illegible]

Constat testamentum uno contextu conficiend[illegible] *l.21.§.fin. ff. qui test fac. poss.* At uno contextu conficere est [illegible] extraneum actum intermiscere. Contractus autem est [illegible] traneus, id planè diversus à testamentis. *l. verba 20 ff de* [illegible] dit & ipsum definitio testamenti: testamentum est v[illegible] nostræ sententia. *l 1. qui test. fac. poss.* At contractus no[illegible] est nostræ voluntatis, sed & alterius. Est enim contractus [illegible] citroque obligatio ex duorum voluntate constans *l Lab*[illegible] *V.S* E. Addo quod testamenta usq; ad mortem po[illegible] cari; debet enim voluntas hominis ambulatoria e[illegible] mortem. *l.4 de adim. legat.* Atqui à contractibus semel [illegible] licet alterutri contrahentium invito altero recede[illegible] *O.& A.* Scio *gloss, Bartol. Roman. & alios* simpliciter contra[illegible]

astru[illegible]

astruere, propterea quod contractus, actus modicus dicatur. *l. duos § fin. ff. de duob. reu.* Actus autem modicus (quamquam superfluus, neque contractum vitiet *l quae in eius. 6 ff. de V. O.* neque testamentum. *l testamentum 17 C. de testam.* R. *d l. duos. 6* contrarium innuere. Vult n. modicum actum ita demum non vitiare, si contrarius obligationi non sit, si extraneus & alienus non sit. At contractum testamēto contrariū probavimus. Alii distinctione utuntur, ut si contractus aliquo modo ad testamentū pertineat, ut tum in testamento fieri possit; si verò planè alien⁹ sit, non item. *Duar. in com. qui test. fac poss. in rubr. de nuncup testam. Soarez. lit. C. n. 311. Alciat. in l. 1. §. 3. de V. O.* Argumenta ejus sententiæ hæc sunt. *1. est in l. assignare. ff. de assig. libert.* R. Quod testator adsignādo libertum, cum alio non contrahat, sed voluntatem suam tantùm adsignando declaret. Præterea pignus dicitur constitui testamento *l. non est mirum ff de ping act.* Item quod jurejurando hæredem adstringere possit, ut aliquid faciat. *l cum pater. 77. §. filius. ff. de leg. 2.* Quibus respondet *Vigilius in §. sed cum paulatim 8 Inst de test. ord.* Insuper *Dauth.* nobis contrarius opponit *l. quidam. 46. ff. de her. Inst.* in qua testamentum proponitur & contractus mandati; sed an mandatum inter testatorem & substitutum sit celebratum in testamento, hoc ad quæstionem nostram propius est, & hoc expreßè negat *l* in verbis, *nec quicquam ab eo petitum est*; quæ etiam postea ratio redditur, cui filio fideicommissum non competit, nisi fides testatori data sit. *vid. Cujac in tr ad Affric. 2. in explic. d. l. quidam.* Instat *Dauth. in d. l. hæred. ex 6. 1. Auth. de test. imperf.* At divisio emptionis vicem obtinet. *l. 1. C. communia utriusq. jud.* R. Dividendo res suas inter liberos non contrahere, sed potiùs voluntatem suam declarare & apertè *d. authent de imperf. testam. c. 1.* indicat. quod verò *in d. l. 1.* dicitur, alium sensum habet, *vide Cujac. in parat. C. eod. & omninò Subart. n. 5. 6. 7. fol. 243.* A nobis & diss. *Loriot. in apicib. juris tit. de test. ord. axiom. 25. citans l final. C. de pactis*, quæ lex agit de pacto dispositivo successionis, cui accedit voluntas testatoris: sed dicendum ibi non esse testamentum, ideoque inter testandum non accessisse illud pactum. *Cætera Loriotti ex superioribus refutari possunt.*

XII.

Ad l. 22.

Ad l. 22. §. 2. h.t.

Testes alieno signo, præter annulū, χαρακτῆρα habente, testamentum signare possunt.

Per text. l. ad testium. §. signum a. ff. qui test. fac. poss. Scio variè textum illum à nostris torqueri. *Hotom. 1. obs. 20.* negativè, *ut non tantum annulo* legit, displicet *Cujac. 2 4. obs. 11. Robert. 1. obs. 21.* qui nescio, an felicius textum illum ita accipiunt, quasi non alio signo præter annulum obsignare liceat; quod idem probat *Vigl. ad §. 5. de test. ord. Duar. ad rubr. de testam inscript. h. t.* urgentes verba legis. *Et magis est, ut tantum annulo quis signare possit*, quasi alia signa excludat: & huic rei argumento statuunt, quòd Ulp. scripserit, homines variè signare; varietatum autem incertitudo, quam omnem à testamento abesse convenit, sequitur, idcirco ad incertitudinem vitandam annulum tantum *Ulpian.* requirere. *Duarenus* & eam rationem addit, quod character annuli, qui gestari solet in digitis, notior omnibus esse potest. Dixerit & aliquis *cum Vigl.* si alia fortuita signa admiserimus, & veteris juris solennitatem interire: sed his non obstantibus *cum Franc. Connan. comm. 2. n. 3.* cōparatè textum intelligo de eo teste, qui duo habet signa, quo signare solet, quorum unum sit annulus signatorius, aliud verò in re quapiam alia incisum, quo non ita frequenter utitur, ut si comparatio inter annulum & aliud signum instituatur, annulo potiùs tanquam signo magis noto, quàm quopiam alio signo obsignare debeat. Et constat multos annuli loco signa habere ærea, vel argentea, vel lignea, quibus sic forma redditur, ut annulo impressam dicas, annè tum vitiabitur testamentum? durū certè est dicere, cum & nulla *ut Angel. & Imo. volunt*, bona diversitatis ratio reddi possit. Nam quod *Vigl.* de veteris juris solennitate affert, æquè dubium est, ac illud de quo disputamus, nam quis veterem solennitatem in eo consistere putat? Audi *Plinium* nullos omninò *(ait)* annulos major pars gentium hominumq; qui sub Imperio nostro degunt, hodiè habent. Jam verò certum est, multos populos temporibus *Plinii* civitate Romana donatos testamentum fecisse, quæ signabantur à testibus, non annulis, quos nullos habebant, sed alio quòdam impresso, ut solenitas testamenti perageretur. Ad *Duar.* rationem quod attinet,

non

nõ etiam puto illam urgere; notior est character annuli. E. quod enim si character ejus insit alteri cuicunque rei, annè æquè notus esse poterit? quid enim hic facit annulus; non materiam in qua, sed ipsum characterem consideramus. Quinimò si alieno annulo obsigare licet, imò uno annulo omnes possint. §. *possunt Instit. de testament. ord.* quare non multò magis signum suum non in annulo, sed in qualibet alia re impressum, apponere licet.

XIII

Ad l. commodissimè. 10. de lib. & posthum.

Quæritur; an formula hac, si filius intra decem Mensium spacium post mortem meam editus fuerit, hæres esto; comprehendat casum alterum; Si me vivo.

Communis opinio est (*teste Claro in § testamentum 76. nu. 10. Vivo. t. opin. vers. casus*) dispositionem testatoris in unum casum factam ad alium non extendi. *d. l. si commodissimè. 10. hoc tit.* quæ opinio visa mihi semper est suspecta, qui sciam, institutioné in casum mortis factam, non posse non includere totum illud vitæ spacium, quo adhuc testator vivit, nisi evidenter dissenserit. *arg. l. 25. §. 1. hoc t. l. 1. §. si ex fundo l. Titius & Sejus. l. Clemens. de hered. institut. l. pater Servian de cond. & demonstr.* & quæ æquitatis ratio esset, ut non eundem, quem testator voluit hæredem esse, si nasceretur post mortem, si ipso vivo nasceretur, admitteremus. *arg. l. 3. C. de inoffic. testam. l si extraneus. ff. de cond. ca dat. l. 25. §. 1. hoc t.* quibus accedit Justinian. *in l. ult. C. de posth. hered. instit.* quæ non vult pœnam præteritionis eum pati, qui filios non præterijt, quod ipsum satis superioribus confirmatur. Quippe cum constet, testatorem ea verba: *Post 10. Mensium spacium;* non addidisse ad excludẽdum, qui ipso vivo natus, quin imô hunc ex mẽte testatoris magis complectimur, sed ad excludendum eum qui nascetur mortuo quidem testatore, sed non intra 10. Menses, utpotè ultra quod veteres partus tempus extendi non posse crediderunt. *l. 3. §. ult. ff. de suis & legit. No 39 c. 2. l. Gallus. de lib. & posth.* Unde & olim luctus tempus 10 Mensibus concludebatur. *l. 2. C. de secundis nupt.* Ovid. 1. Fast.

Per totidem Menses à funere conjugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.

Nec in contrarium nos movebit *d.l.commodissime h.t.* quæ loquitur de eo casu, ubi testator ita formulam concepit, *Si [illegible] mortuo natus sit*, nec addidit *intra 10. Mensium spacium*, inter quas formas multùm interest. nam cum testator ita dicat. Qui [illegible] mortuo nascitur, non sanè poterit aliam recipere interpretationem, quam eum hæc verba addidisse, ad excludendum eum, qui eo vivo nascetur; at cum addit, *post 10. Mensium spacium*, [illegible] ad exclusionem ejus, qui post id temporis spacium nascitur, ex superioribus additis interpretamur.

XIV.

Ad l.si ita 14. ff.de injusto rupt.

Si ita facta sit exhæredatio, si filius natus natavè sit, exhæres esto, utrisque natis non rumpitur testamentum.

l.14.de injusto rupt. quam repetiit *Carol.Molin.* ratio dubitandi est, quia exhæredatio odiosa non juvanda, sed restringenda est, *l.cum quidam ff. de lib. & posth. hæred.* Cum ergò exhæredatio singulariter facta sit, & de alterutro, non autem expressè de [illegible] bus, non debet extendi ad duos, & corruere & testamentum rumpi utriusq; natis. Addi & alterum potest, quod in specie [illegible] stra videatur exhæredatio facta sub conditione, quę de jure nulla est, *l.3.§.1.de lib.& posth.* Sed prior ex ratione huj⁹ legis [illegible], quam breviter indicat *Cujac.h.t.* quia *(inquit)* utrique exhæredati sunt, & disjunctio illa *VE* pro conjunctione accipitur, [illegible] xisset testator; *sive filius sive filia nascatur.* Idem de dictione [illegible] dicendum. *l. cum quis. §. ult. de legat. 3. l. si quis ita legaverit. ff. de auro.& argent.leg.* ut & dictionibus *AVT & VEL.l.cum quidam [illegible] C.de V.S.* non quoq; moveat altera dubitandi ratio, quia non est hæc conditionalis exhæredatio expressa, sed necessario subintelligitur, & ad tempus nativitatis posthumi refertur, quamquam inficias iri nequeat, posthumos sub cōditione exhæredari posse.

ut nec civili, vel prætorio jure testamentum infirmetur, antequã posthumi editi fuerint; cæterum iis natis testamentum jure civili rumpitur, vel ei statim prætorio jure datur bonorum possessio contra tabulas, si exhæredationis conditio defecerit, vel adhuc pendeat.

XV.

Ad l. 40. de hæred. instit.

Testator alienum servum, quem patrem fam. arbitrabatur, hæredẽ instituit, eiq; Mævium substituit, quæritur an substitutus in dimidiam hæreditatis partem admittatur?

Et quidem pro affirmativa neoterici omnes faciunt; rejecta sententia *Accursii*: qui alterum semissem tantùm inter substitutũm & institutum dividendum putabat, alterum verò instituto ut præcipuum reservavit, quæ sentẽtia familiam ducere videtur propt *l. si paterfam ff. de hæred. institut.* In qua sententia *Accursii* verbis disertis stabilitur, quod tum animadvertunt ii, qui contrarium statuunt, ad varia cõfugerunt, multi verba ei textui infarcire conantur, prætendentes nescio quæ exemplaria, in quibus ita legi adstruunt, sed cum ea ab illis nondum prolata sunt, meritò de eorum fide dubitamus. Alii ad legis correctionem confugiunt, & existimant, errorem ex notarum scriptione veteribus usitata, obortum esse, ut cum *apud Julian.* esset scriptum *AS. Tribonianus* putaverit notam esse, & pro *Alter Semis*: cum tamen non esset nota, sed vox integra, ideoque simpliciter legere debuisse, *ita ut as inter eum.* sed hac interpretandi licentia admissa (*ut Wesenb. ad § fin Inst. de vulg. subst. ait*) quidlibet ex quolibet effingi potest. Convenientibus itaq; & LL. & rationi erit dicere, substitutum admitti nõ in semissem, sed in semissis partem, ideò scilicet, quia nec contradicente substituto hæres potest esse servus propter errorem testatoris, qui ingenuum hæredem habere voluit, nec substitutus hæres esse potest, nisi servi institutio valeat & rata sit. Nam ubi non valet institutio, ibi non subsistere potest substitutio *l. ex pupillari 44. ff. de vulg. subst.* Ut igitur utriq; consulatur, & domino servi & substituto, putatum est æquius inter utrumq;, eo quo diximus modo hæreditatem dividi, quam cõtra testato-

ris sententiam institutione & substitutione annihilata contra ejus voluntatem, qui testatus non etiam intestatus decedere voluerit. Nec adversatur *l. 41. ff. de hæred. instiut.* quæ æqualem hæreditatis divisionem urgere videtur, siquidem & illa partis divisionē *in d. l. si paterfam. 40. eod.* non inconcinne accipi potest. Nec porrò adversatur, *§ fin. Institut. de vulg. sub.* ex quo sic arguunt, quoties partis nomen simpliciter exprimitur, totum quoque intelligitur. *l. 9. §. hæredes ff. de hæred. instit.* Sed *in d. §. fin.* simpliciter fit partis mentio E.R. majorem non simpliciter veram ... *nomen. 146. §. 1. ff. de V. S.* Non denique adversatur *l. cum proponas C. de hæred. institut.* Nam de milite non pagano loquitur *Vigl. ad d. §. fin. Institut. de vulg substitution.*

XVI.
Ad l. 85. de hæred. instit.

Liberi positi in conditione non sunt in dispositione.

Hæc conditio *si sine liberis decesserit*, adjicitur à testatore ad liberandum hæredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum. Ergò si gravatus hæres decesserit liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommissum, in favorem liberorum, quam ad quod inducta ... quia inducta ad unum effectum, non debent ejus contrarium operari. *l. legata inutiliter. ff. de legat. 1. 2.* Quod favore ... est, non debet in odium retorqueri. *l. quod favore C. de LL.* ... fideicommissum favore hæredis introductū, in ejus odiū ... queretur: sic probo: Si statuāus: liberos esse in dispositione, ... sequitur, bona, utpotè restitutioni obnoxia, alienari non posse. *Auth. res quæ C communia de legat.* At hoc est contra favorem & commodum hæredis, quod nemo negat. Hinc est quod in *l.* . *C. de pactis* alienata revocari non possunt, quam ... firmissimum nostræ sententiæ argumentum notamus. 3. Qui sunt in conditione, non sunt in dispositione, eò quod conditio nihil ponat in esse, ut loquitur *Gail. 2. observ. 136 n. 18 per l. ... ff. ... omiss. caus. test. l. 1. §. item si ita. ff. ad Falcid.* Sic qui positi ... cum

conditione, non vocatur ex testamento, sed ab intestato, *in l. 82. ff. de hared. instit.* nulla alia ratione, quam quod conditio multùm differat à dispositione. 4. Ex *l. Lucius. 85. ff de hared. Instit.* Sic colligo ibi: Non enim fratrem solum hæredem prætulit substitutis, sed & ejus liberos: Si prætulit liberos, neq; per institutionem, neq; per fideicommissum, non prætulit ex caussa testati. At prius: posterius igitur. Non per institutionem, quoniam ex ea conjectura non inducitur, sed verbis debet fieri *l. jubemus. C de testament. l. cum proponeretur. ff. de legat. 2. §. in primis. Instit. de fideicom. hæred.* Non per fideicommissum, quoniam id intercidit, quando hæres scriptus ante aditam hæreditatem moritur, dum non repudiarit in fraudem fideicommissarii. *l. 13. §. 3. l. 27. §. 6. Ad SCtum Trebell. l. 4. C. eod l. 2. §. ult. de suis & legit.* Atqui frater hic, priusquam adiret, decessit. *Donell ad l. 1. C. de pactis. Duar. de condit. institut. c. 5. Gomes. 1. resol. 3. n. 13.* Diss. plurimi *Coras. 2. Miscel. 19. Fach. 4. controv. 51.* Moventur *d. l. Lucius hared. institut.* R. non quæri *in d. l. Lucius*, an sit in dispositione, sed an substitutum excludant: Et vult excludere substitutum, eiq; præferri non ex testamento tanquam vocatos à testatore, sed ab intestato. Sic porrò *Coras. d. l.* argumentatur. Liberi instituti præferuntur substituto. At substitutus venit ex testamento: Ergò multò magis liberi. R. non præferri substituto quoad successionem; sed tantum quoad exclusionem: Non movet *l. 26. §. 2. de pact. dotal.* quia ad hoc tantùm proficit ibi patri, ut dotem retineat, nec quicquam ad quæstionem nostram facit. Adversantur insuper *l. qui filiam 74. in pr. ad SCtum Trebell.* R. in ea lege dispositionem esse, non conditionem; nos agimus de conditione; ibi verbo *mandato tibi* disponit aliquid, & propter conjecturam voluntatis intelligimus, per fideicommissum relictum esse hæreditatem patruo.

XVII.

Ad l. 4. de vulg. & pupil. substit.

Substitutio in unum casum facta, ad alterum extenditur.

Substitutio vulgaris comprehendit pupillarem, *l. jam hoc jure ff. de vulg. substit.* Ergò magis vulgaris ipsa substitutio in uni-

cum casum facta extendi debet ad alium, qui sub eadem continetur. Deinde paria esse videntur, nolle vel non posse. *arg. l. 1. § ... fin de procur.* Ergò si substitutus in hunc casum, cũ hæres esse noluerit, datus est, meritò & in alterum casum, si hæres esse non potuerit, datus intelligitur. Denique eadem hic ratio esse videtur in casu omisso, quæ in expresso; nam vulgaris substitutio, si hæres esse noluerit, eam ob causam facta intelligitur, ut defunctus hæredem habeat, si is qui primò institutus est, & noluerit esse hæres. Testatoris enim defuncti interest hæredem habere. *§. 1. Instit. quibus ex caus. man.* Hæc ratio locum etiam habet in eo casu, qui à testatore est omissus, nempè cum hæres esse non potest. Oppon. *l. si quis ita 21. ff de vulg. subst.* R. Unum casum alterum complecti, nisi testatoris voluntas repugnet tacitè vel expressè. *l. jam hoc jure ff. eod.* Sed in *d. l. si quis ita 21.* videtur repugnare, & apparet tacita voluntas in cõtrarium, quia testator ad tempus se restringens post tempus prohibere videtur. *l. statu liberum. §. Stichum. de legat. 2.* Et hoc est, quod *in d. l. si quis ita 21.* dicitur. Non enim in hunc casum substitutus videtur. *Bart ad d. l. 21.*

XVIII.
Ad l. 7. ff. eod.

Substitutio pupillaris puberi verbis directis facta, ne quidem in vim fideicommissi valet.

Cum moribus introductum sit, ut pater filio impuberi ideò possit testamẽtum facere, quod ipse in ætate impuberi testari nequit. *l. 2. ff. de vulg. substitut.* certè non debet patris testamentum admitti, quod faceret filio puberi eo casu, quò ipse sibi testari & hæredem facere possit. Nec est quod eam ad fideicommissum flecti posse quis dixerit, quia verba directa minimè obliquari possunt, & frustrà verbis civilibus substitutio post 14. annum fit. *l. verbis 7. de vulg. & pupil. substit.* Imò in casu nostro, si fideicõmissum admiserimus, contra voluntatem testatoris illud facimus. Nam licet potuerit testator substituere verbis fideicommissi, tamen quia præter directam substitutionem, quasi fideicõmissum valere noluit, non videtur fideicommissum fecisse, & si admiserimus, contra voluntatem ejus admittimus, & ut maximè sit ejus

vo-

voluntatis, tamen non oportet privati hominis voluntatem plus valere, quàm LL. *l. nemo potest ff. de leg. 1.* Sed LL. hic expressè volunt, ut si testator institutum per fideicommissum obligare velit, id faciat verbis precariis & expressis, aliàs directum ac fideicommissum non inflecti. *§. fin ibi Vigl. Institut. de publ. subst.* Adde quod, ut talis directa substitutio post pubertatem filio moriente ad fideicommissum trahatur, specialiter militibus concessum sit. *l. centurio ff. de vulg. subst. l. puberib. C. de impub. & aliis substitut.* E. hoc paganis ademptum censeri debet. Oppon. *l. Scævola ff. ad SCtum Trebell* ubi substitutio directò in Codicillis facta, vim fideicomm. obtinet. Cui *legi* respondet *Cujac. 11. obs. 25.* Opp. & aliud argumentum *Donell. 6. com. 25.* quoties in verbis directis, & alio qui jure inutilibus apparet, testatorem voluisse hæreditatem suam, aut rem aliquam ad aliquem pertinere, toties ex voluntate testatoris fideicõmissum admittitur, *l. cum proponebatur 64. ff. de leg. 2. l. ex facto 17. in pr. ff. ad SCtum Trebell. l. ult. C. de hæred. inst.* Verùm isti satisfactum à Fach. *lib. 4. contr. 45.* Movetur *& Zasius in tractat. de subst. c. 5. per c. si pater de test in 6.* Ubi dicitur: interdum directum, ad fideicommissum ex causa trahitur. R. Et illud verum esse, sed non sequitur. E. in casu nostro. Nam ut rectè *gloss ad d. c. si pater.* explicat, illud verum est juxta *l. Scævola. d. l. centurio, & d. l. precibus.* Objiciunt & alii *c. Raynutius. extra de testam.* quo capitulo motus, *d. loc Cujacius* putat, hac in re jus Pontificium à civili discrepare, adeoq; erroris Pontifices insimulat, quem ab eis avertere tentat *d. loc. Fach.*

XIX.

Ad l. 90. de acquir. vel amit. hæredit.

Hæreditas per Procuratorem adire nequit.

Cum enim hæreditas à suis & necessariis adquiratur, non per immistionem, sed ipso jure, ab extraneis agnitione, h. e. aut pro hærede gestione, aut hæreditatis aditione sive cretione, quæ est actus legitimus & solennis: cum velut in rem præsentem venitur, (quod antiquitus haud dubiè fiebat) ac præsentibus testibus aditur, cernitur, aspiciturq; defuncti hæreditas *(Varro 5. & 6. de ling latin. Isidor. lib. 5. etymol. cap. 25.)* relinquitur evidenter hæreditatis aditionem sive cretionem per alium expedire non posse, Est enim hæc vel præcipua actuũ legitimorũ nota, ne per alium ex-

expediantur (*Faber, Revard. & alii ad l. act* [illegible] latet *Cujac. 7. obs. 10.* discrimen statuere [illegible] onem; quem hac in re omittimus. convenit [illegible] cum illo (quod causæ caput est) aditionem & [illegible] um legitimorum numero annumerat, quod ad rei [illegible] plicationem firmissimū erit argumentum: nec [illegible] geritione pro hærede objiciat, non enim ea [illegible] sed aditio seu cretio tantùm, ideoq; pater vel d[illegible] aut servum pro hærede se gerere possunt, hoc est ipsorum [illegible] ventu & opera voluntas & animus eorum pro [illegible] rentium explicari potest. *l. 4. C. de Jure delib.* (*Pet. Fab.* [illegible] 22.) Ex quo nunc altera hujus rei probatio de[illegible] non posse patrem aut dominum per personas ips[illegible] subjectas hæreditatem adire seu cernere, quod si non [illegible] cebit, minus utique per Procuratorem, ut extraneum [illegible] quem nulla fictio unionis aut potestatis concurrit, [illegible] tam hæreditatem, ita ut nullo momentio in ipsorum [illegible] subsistat, in ipsos transfundit *l. per quem de acquir. hered.*

DISPUTATIO DECIMA OCTAVA.

R. JOHANNE GEORGIO à Gallveldt/ NOB. THUR.

THESIS I.

Ad l. 1. de legat. 1.

P*ER omnia exæquata sunt legata fideicommissis.*

d l. 1. de legat. 1. cui illud qu[illegible] quod *Justin.* sese hujus [illegible] *dicat. §. sed non usque Instit. de legat. l. 2. C.* [illegible] spondent,

spondent nostri (*Cujac. 8. observat. 4. Ravard. 3. varior. 4. August. 3. emendat. ult. Duar. 2. disput. 9. Pac. 6. ἐναντ. 2. Robert. 2. sentent 23.*) dicimus non tantum in interdicto quod legatorum & in retentione quartæ exæquationem factam esse, sed etiam in quam plurimis aliis juris articulis, de quibus omninò videndus *Chiff. de fideicommiss.*

II.

Ad l.7.eod.

Legatum servo delatum dominus potest repudiare.

d.l.7. idq; verissimum esse, ait *Cujac.3.observat.11.* cum & bonorum possessionem servo delatam dominus repudiare possit, at illud tamen pernegatur in *l. Titia. 34. §. Lucia. 2. de legat. 2.* Distinguit cum *Accurs. Cujac.* inter delatū & acquisitum legatum, ut de illo loquatur *d.l.7.* de hoc verò *d.l. 34. § Lucia.* quæ solutio divinatoria est, nec enim agnitione adquisitum in specie *d l 34. § Lucia.* constare potest, fideicommissi quidem persecutio acquisita dicitur, at illa alia est ab acquisitione legati, cum & illa delato legato competat. *l. à Titio ff de furt. §. sed olim 2. vers. nostra Instit. h. tit.* quocirca rectior ex proposita hypothesi à JCto assumenda erit responsio. Quæritur an dominus servi, qui divisioni hæreditariarum rerum interfuit, per hoc fideicommissi persecutionem amittat. R. JCtus fideicommissum ipso jure amissum non esse, quod ne repudiatum (*ita enim legendum est, ut vulgati Codices rectè habent*) quidem videri potest, ratio est, quoniam non omittendi, sed testimonii perhibendi causa adfuit, non verò negat, quin si velit, dominus etiam possit repudiare, quinimò d. lectè, si omittendi fideicommissi causa id fecerit, repudiare posse statuit, & hæc est sententia *d.l.34.§. 2. de legat. 2.*

III.

Ad l.9. eod.

Id quod apud hostes est, legari posse, Octavenus scripsit, & postliminii jure subsistere.

Nn *d.l.6.*

d.l 9.h.t. quæ lex *in Haloandri editione* negativè concepta est. Sed ratio ejus, ut affirmativè legatur, efflagitat: Et pluribus ostendit *Anton. Augustin. 1 Emendat. 2.* Confirmat eam *l. servus ab hostibus 98. ff. eod.* Obstat *l. apud Julianum 39. §. final ff de legat. 1.* ubi res Principis non potest legari propter difficultatem præstationis, sed major difficultas est in redimendo res ab hostibus: Ergò earum legatum non valet. Respondeo à separatis malè inferri. *l. Papinianus ff de minor.* Nam in re apud hostes existente fictio postliminii, quæ habet spem probabilem, operatur validitatem legati, quæ fictio non cadit in rem Principis, quando à privato alteri legatur. Unde omninò mihi probabilis *communis. Dd.* distinctio videtur. Utrum res apud hostes existens aliquando nostra fuit, necne: ut illo casu quæstio nostra locum habeat, hoc tum demum si emi commodè possit. *l. ab omnibus 104. §. Etiam ff. de legat. 1.* Ratio prioris est in postliminio: quia fieri potest, ut eam devictis hostibus recuperemus, aut precio redimamus. *d. l. 9.* Ratio posterioris est, quia quarum rerum commercium non est, nec earum legatum valet, ut in sequentibus dicam. *Schneidew ad §. non solùm n. 20. Institut. de legatis.* & omnium optimè *Joh. Robert. 1. sentent. 17.*

LV.

Ad l. 11. eod.

Legatum relictum filiofamiliàs aut servo cui acquiritur.

Hæc quæstio tractatur in *d. l. 11. h. t.* cujus difficultatem crepāt omnes, nos verò ut ejus sensum assequamur, tanquā equinæ caudę vellentes pilos, eam per partes interpretabimur *(ceu loquitur Ferret.)* prima quæstio est. An cū filiof. vel servo alieno legatū vel hæreditas datur, fideicōmitti patri vel domino possit? quod quidē voluit *Papin.* ratione ea, *ut putant nostri*, quia commodum hæreditatis vel legati eis quæritur, qui enim legat filiof. aut servo, id cogitat ut vel ipsi, vel ii quorum in potestate sunt, hęredes existant. *l si paterf. de hared. instit.* ab illis autem fideicommissum relinqui potest, ad quos hæreditatis emolumentum pertinet. *l. 4. de leg. 3. l. 1. §. 4. eod.* ne obstet *l. ab eo. 9. C. de fideicom.* sed contra hoc fortius instatur *ut Bartol. ait*, illum ad quem bona mea devene-

runt

runt ex l. diſpoſitione vel caſu non poſſum onere fideicommiſſi gravare, *l. ſed etſi ſic. 6. §. 1. de lega. 2. l. qui fundum. §. qui filios ff. ad l. Falcid.* (*de quo Bartol. ad hanc l. in pr.*) Subtilior inquiſitio eſt, cur legatum ab his relinqui non poſſit. teſte *Ulp. in tit. de fideicom.* (*R. Govean. 2. varior. 32. Conti. 1. diſp. 1.*) 2. Quæſtio eſt, ex cu᾿us perſona vires capiat fideicommiſſum (*Duar. ad hanc l.*) de quo ita ex mente *Papin.* reſpondetur, quod interdum vires capiat fideicõmiſſum ex perſona patris, interdum ex perſona filii; ex perſona patris, ſi ipſi filio relictum ſit fideicõmiſſum, ex perſona filii ſi extraneo, quod prius mirũ videtur noſtris, videtur n. nequaquã fideicõmiſſum à patre filio datũ valere, propterea quod reſtitutum filio ſtatim patri acquiratur. *l. placet de acq. hæred.* multus hac in re eſt, *Ferret. ad hanc l. 29. poſt Bartol. n. 12.* audi rationem novam *inquit Vacon. à Vacuna 4. declar. 57.* quam nunc non reciro, videndum num communis ratio inſulſa ſit ex *l. ubi purè. 19. ad Treb. l. à filio 25. de legat. 1.* quam verbis non rationib. obtundere conatur *Ferret. n. 33.* ratio a. diſtinctionis Papinianeæ explicatur à *Duar. Contio. dictis locis.* Ex 2. hac quæſtione oritur tertia, in qua ſubtilitatem *Iuliani* admiratur *Papinianus*, Annè videl. locus ſit Falcidiæ in hac reſtitutione fideicõmiſſi? diſtinctione ante poſita idem uſus eſt, ut quidẽ in facienda reſtitutione extero, pater detrahat Falcidiã, quia reſtituit quaſi filii nomine, Ergò quemadmodũ ſi filius reſtitueret, detraheret Falcidiam, ita & pater detrahet, cum hoc caſu ex filii perſona fideicõmiſſum vires capiat, at in facienda reſtitutione ipſi ſuo filio, patrẽ nõ detracturum Falcidiam, intelligitur enim non rogatus ut hæres, ſed ut pater, qui cõmodum capit jure patriæ poteſtatis, filii a. nomine non poteſt pater debere fideicommiſſũ, quæ ratio eſt *Iulian in d. l.* ut dolendum ſit tàm miſerè circa eam conflictari Dd. (*Vacon d. loco. n. 14.*) Sequitur quarta & ultima Q. ſubtilior & difficilior cæteris (*ut viſum Contio. quẽ tu plenius vide*) filius eſt inſtitutus, pater rogatus eſt ei reſtituere hæreditatem poſt mortem ſuam, ſc. patris, filius deceſſit vivo patre, extinctũ eſt fideicõmiſſum, ad quem pertinebat hoc fideicõmiſſum? Ad patrem, ſed quem hic tertium fingimus, *Duaren.* hæredem filii conſtituit, neutiquam, cum jure poteſtatis proximior hæres pater, & quis hunc filium proximiorem habuiſſe dicet? rectius fiſcum ponemus, idq; juxta diſtinctionem extranei & filii, ex qua

quæ

quæstiones hæ emanarunt, si enim pater extraneo jussus sit restituere, extraneus verò vivo patre moriatur, fideicõmissũ quasi caducum redigetur in fiscum, sed si filio restituere rogatus sit, isq; itidem vivo patre moriatur, fideicommissum remanet penes patrem, non verò caducum fit, ratio differentiæ juxta *Cujac. 10. obs. 30.* est, quia filio pater fideicommissum ut pater debet, non ut hæres, extraneo ut hæres, & onus caduci irrogatur soli hæredi.

V.

Ad l. 17. in pr. eod.

Quæ filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiarum legato & de posthuma sensisse.

d. l. 17. in princ. dubitat *Alciat. 8. παρεργ. 13.* quid moverit JCtum, ut necessarium putet aliqua in parte testamẽti factam posthumæ mentionem, cum enim & ea propriè sit filia, non videtur id esse necessarium, sicut ut cum tutores filiis dantur, censentur enim & posthumis dati. *l. si quis filiabus. de testament. tutel. l. nomen filiarum de V. S.* nec diversa est ratio legati & tutelæ dationis, inquit *Duar. ad d. l. 17.* facit & generalis definitio *Paul. in l. 7. de statu homin. l. penult. eod.* qui in utero est, pro jam nato habetur, quotiens de commodis ipsius agitur, undè si quis operas stipulatus sit sibi liberisq; suis, etiam ad posthumos pertinet stipulatio *l. 5. ff. de oper. libert.* Sic data hoc modo libertate. Si filius mihi nullus erit cum moriar, Stichus liber esto, libertas impeditur nato posthumo, *l. 7 de manum. testam.* aliud simile in *l. jubemus. §. 2. C. ad Trebellian.* ubi fideicommissio oneratus, si sine liberis decesserit, deficit conditio, si posthumo relicto decesserit. Philosophantur circa hæc nostri (*Bartol. Jason. Ferret. Duarenus & alii ad d. l. 17.*) illorum placet sententia (*Vidẽ Alciat. d. loc. Gilb Regium 2. ἐναντ. 3. Gœd. l. ad l. 163. n. 2. de V. S.*) qui Ulpianum in nostra *l. 17.* interpretantur, loqui secundũ sua tempora, cum patri nihil necesse erat fœminini sexus Personas nominatim exhæredare, sed vel inter cæteros exhæredatio sufficiebat, dum tamẽ aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. *§. posthumi. Institut. de exha-*

de exhæred. liber. Meritò igitur nisi posthumæ facta fuisset mentio aliqua testamenti parte, suberat oblivionis conjectura, ideò requirit in casu *d l. 17. in princ. hoc tit.* hanc expressionem *Ulpian.*

VI.

Ad l. 34. §. 1. eod.

Quantitas eadem sæpius legata pluries debetur.

Distinguunt Dd. communiter inter speciem & quantitatem legatam, ut illa non sæpius debeatur, hæc utique *l. 34. §. 1. de legat. 1.* adhibita tamen latiori hac distinctione, ut si uno Testamento eadem quantitas relinquatur, tunc semel tantùm debeatur, nisi Legatarius probaverit, defunctum multiplicare voluisse relictũ legatum: Vel testator diversis scripturis eandem quantitatem sæpius legavit, & tunc pluries debetur *Zasius ad l. 34. §. 1. n. 19. Mynſ. Schneidew. ad § si res aliena. Institut. de legat. Cujac. 14. observ. 19. quos vide* Cujus distinctionis rationes adfert *Donell. ad l. 8. num. 12. de V.O.* Speciei quidem & quantitatis distinctionem admitto, sed inter quantitatem sive una sive pluribus scripturis relictam non item, *per l. si quis 2. ff. de legat. 3.* ubi ita loquitur testator: Cui Bis Legavero, Semel Deberi Volo, nec enim eam protestationem fecisset, si sine ipsa non credidisset, bis deberi, itaque qui bis legat, nec protestatur, ut semel debeatur, bis deberi sentit. Deinde si in eodem testamento primum major, deinde minor summa legetur; utraque debetur *l. 3. §. cum Titio l cum centum. de adim. legat.* Ergò & si eadem summa mox legetur. *arg. l. ult. ff. de instrum. & instr.* Addo nos hic voluntatem morientis conjicere. *d l. 34.* Sed voluntatem conjicere non est contra verba facere *c. penult. auth. de restitut.* Ergò hic istam interpretationem nõ admittemus, quæ unam summam decernit, quia disertè contra verba testamenti est. Porrò verba non accipiuntur de eo, de quo fuit antea cautũ. *l. 41. §. 4. ff. de vulg. subst. l. sed etsi §. 1. ff. Ex quib. cauſ. maj.* Neq; de eo, de quo postea, etiamsi illa essent generalia. *l. 17. §. 14. de ædil. edict.* Igitur neq; de eadẽ sũma accipere decet verba in quæstione nostra. Quinimò talis est sensus, qualia sũt verba *l. 4. ff. de reb. dub. l. Labeo ff. de supell. leg.* Sed verba sunt duplicantia

legatum Ergò & sensus erit. Insuper sic statuo, si dixisset testator centum & centum lego; procul dubio ducenta deberētur. Ergo cum & ita dixerit centum, centum lego. *arg. l. triplici de V. S.* quid non solùm (*inquies*) datum volumus eadem scriptura, sed ut etjam sit locis datum distinctis: At quæ ratio, ut distinctio locorum impediat summæ duplicationem? Oblivio? At major oblivionis ratio in diversis scripturis, in quibus non impeditur duplicatio. Non etiam obstat *l. Mævius §. eum qui de legat. 2.* quia loquitur in legato speciei, nam in diversis scripturis loquitur, id quod in legato quantitatis non obtineret. Opponitur & *l. libertis ff. de alimen. legat.* cui respond *Duar. ad d. l. 34. §. 1.* ultimò non movet *l. 47 de legat. 2.* ut demonstrabimus.

VII.

Ad l. 39. §. fin. eod.

Cujus rei legatario commercium non est, ei inutiliter ea res legatur.

Quod pro regula traditum est in *l. cum servus 39. in fin. ff. de legat 1.* adeò ut nec ejus æstimatio debeatur. Obst. *l. filiusf. 114. §. si quod alicui ff. de legat. 1.* ubi legatarius, qui rem legatam habere non potest, tantam accipit æstimationem, quanti ea res solet comparari. Respondeo cum ex casu intrinsecus superveniente legatario deest rei cōmercium, consequitur æstimationem. *d. §. si quid alicui.* veluti si peregrino prædia Italica, quæ ei non mancipantur, sint legata, *l. sed si res 40. ff. de legat. 1.* Diversum verò est, si ex legis prohibitione desit, veluti in re usui publico vel regioni destinata. *§. non solum Inst. de legat. l. 39. §. 8. cum seq. de legat. 1.* Adversatur porro vehementer. *l. sed si res 40. de legat.* in qua *JCtus* putat æstimationem deberi ei, cui jus possidendi non est. Hæc *inquit Donel. ad l. 34 n. 9. de V. O.* omnibus ætatibus plus difficultatis objecit. & *ante eum Cuj. in notis prioribus ad Inst.* Et hic quidem labor est, *loquitur*, quod ipsum satis suaq; ipsi nimis usitata correctione indicavit, dum posteriorem negationem dispungendam arbitratur, quod magnopere illis, qui se & sua *Cuj.* consecrarunt, placet. Sed meritò reprehensionem *Roberti* incurrit *3. animadvers. 11.* Felicius verò *Hugoni Don.* cessit, qui ostendit errorem esse in phrasi: dum priores jus possidendi non habere, explicat, ut idem sit, quod ex

legis

legis prohibitione rei commercium non habere, cum tamen ibi nihil aliud significet, quam possidere non posse ob aliquā probabilem causam, sine delicto tamen & interdictione legis ex casu superveniente, *ut dicitur in d.l.filiusfam.§.si quid alicui. & pluribus ostendit Donell.* Objicitur insuper *l.fideicommissa 11. §. si servo ff. de legat.3.* ubi servo militia fuit legata, cujus servus capax non est, & tamen debetur ejus æstimatio. Respondeo militia legata vel etiam tessera frumentaria, æstimatio legata videtur *l.mortuo bove. §. 2.de legat.2.l.Titia Sejo.eod.* & æstimationis servus capax est. Militia erat officium, ex quo quis commodum & emolumentum aliquod consequi poterat, ut militia silentiariorum, *l.omnimodo. §. ult.C.de inoff.testam.* qui in Consistorio vel Palatio Principis silentium imperabant. Militiæ distribuentium stipendia militibus, militia describendi milites. Tesseræ frumentariæ erant calculi sive lapilli, in quibus erat scriptus modus frumenti, qui præbendus erat à Præfecto annonæ, & qui tesseram adferebat ad Præfectum, in scriptum modum accipiebat oblata tessera. Ratio rationis, Cur æstimationis legatæ servus capax est, hæc statuitur: quod tale legatum consistat in quantitate, quantitas autem servum capacem esse nihil prohibet Adversatur ultimo *l. 49. §.sed Proculus ait 3.de leg:2.* Verum ibi relinquitur quidem ei, qui commercium rei legatæ non habet: Sed tamen ea lege, ut alii eam restituat: Non videtur autem quis capere, quod statim cogitur restituere. *l.aliud est.capere 71.de V.S.l.cum ei,42.de legat.2.*

VIII.

Ad l. 41. §. 1. eod.

Res propria nemini legari potest, usq; adeò ut nec legatum, etsi eam vivo testatore alienaverit legatarius, convalescat.

L.Cætera 41.§.1.ff.de leg.1.l.Mævius 66. §.Fundo.ff.de leg.2.§.sed si rem Inst.h.t. Est enim tempus testamenti conditi introspiciendū *§.in extraneis.Inst.de hered.qual.& diff.* At tēpore testamenti cōditi hoc legatū non valet. Quod n. meum est, amplius meum fieri nequit. E. Cū ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit. *l.quod initio 29.de R.J.* Idq; etiā significatur regula illa Catoniana. Quod si testamenti facti tēpore decessisset testator, inuti-

le

de foret id legatum, quandocunque decesserit, non valere *l. 1. ff. de Reg. Cat.* quod idē legitur de hæredis institutione in *l. pen ff. de R. J. Op. l. 1. §. ult. de Reg. Caton.* ubi dicitur legatum fundum deberi, qui scripti testamenti tempore tuus erat, si eum vivo testatore alienaveris. R. *Cujac*, Celsum *in d. l. 1. §. ult.* à cæteris JCris dissentire, cujus dissensionis rationes proponit eum secutus *Borchold. ad § sed si rem legatarii h. t.* nec ab his dissent. *Hottoman.* dicendo, qui hos conciliare studet, is nihilomelius operam suam positurus est, quàm si quadrare triangulum nitatur, sed non incommoda solutio haberi potest, *ex l. Mea res 98. ff. de cond. & demonstr.* quæ indicat, rei meæ legatum valere sub conditione, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Sic dicimus *Cels. de l. 1. §. ult.* loqui de legato conditionali, id est, de fundo tuo tibi relicto sub hac conditione, Si Vivo Testatore Eum Alienaveris, quod vel maximè dicendum, cum constet ad conditionalia legata regulam Catonianam non pertinere. *l. 3. ff. de reg. Caton. 2.* Opponitur *l. cum servus legatus. §. si Titius. ff. de leg. 1.* ubi emptori rem vendidi, sed nondum tradidi, mea igitur est, postea eam emptor mihi legavit, valet legatum, & si postea pretio accepto rem emptori tradidero, atque ita eam alienavero, rursus eam recipiam jure legati, sicque & rem habeo & pretium, rem jure legati, pretium jure vendidi. R. Emptor qui legat mihi rem emptam nondum traditam, remittit mihi actionem ex empto, sicque statim ab initio legatum valet.

IX.

Ad l. Turpia in pr. h. t.

Turpia legata, quæ denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.

d l. Turpia. 54. h. t. ubi hoc notandum monet *Bartol.* in pœnam testatoris id fieri, cujus rei rationem non aperit, sed facilis est, & ex favore ultimarum voluntatum dependet, qui quidem in toto jure per magnus, quatenus sese defuncti voluntas legibus accom-

accommodat, *l. nemo 55. de legat. 1.* juxta quas ut rerum turpium nulla obligatio, ita nec legatum, quod in hoc tanto magis probandū, quia sanctior ultima voluntas esse debet *arg. l. 1. C. de SS. Eccles,* concesso igitur, cū uti nolit testator, sed vetitum appetat in odium ejus, quod hic maximum, quia voluntas exitum non consequitur, pro non scripto habebitur. Confirmatur hæc sententia; *l. quoties. 9. §. si quis nomen ff. de hæred. instit.* opponit post *Gloss. Bartol. l. his verbis 48. §. 1. ff. de hæred. institut.* ubi illa institutio valet: *Filius meus impiissim⁹, male de me meritus hæres esto.* Accurs. interpretatur *d. l. quoties 9. § si quis nomen.* loqui in specie cōtumeliæ. *d. l. 48. §. 1. de hæred. institut.* in genere. sequitur *Bartol. & communiter Dd. Raph. Cuman.* putavit in *d. l. Turpia. h. t.* communem traditionem falsam esse, & turpia & probrosa pro non scriptis haberi, quod quidem ei concedi potest, si turpitudo sit in ipso legato vel relicto, non etiam in demonstratione legatarii aut instituti, quæ est species *d. l. turpia h. tit.* ut si unguenta inhonesta relinquat honesto, quamvis *Cumanum* non adversetur *Eman. Costa. 1. select. interpretat. 3.* nos sequimur distinctionem *Cujac. ad l. 3. de lib & posth.* ut quidem filius institui possit cum convitio *d. l. 48. §. 1.* patri enim impune licet in filium maledicta objicere, non sic extraneus *d. l. 9. § si quis nomen. eod.* valdè enim odiosum est, ut per causam institutione delati honoris testator hæredem scriptum contumelia afficiat.

X.

Ad l. penult. eod.

Num posthumus alienus olim hæres institui potuerit.

Affirmat §. *posthumus Inst. h. t.* cui graviter adversatur, *quod Justinia scribit in pr. tit. de bonor. possess.* id olim non potuisse fieri, sed se demum id sua constitutione introduxisse: verum priorem sententiam confirmat *l. penult. ff. de legat. 1.* quo in loco & alienos posthumos nobis legitimos fieri hæredes respondetur, utrumq; resolvit more suo subtiliter *Vigl. §. servus etiam alienus 16. Instit. de hæred. inst.* quare & nos cum eo statuimus, posthumum ante Justinianum hæredem institui non posse, ratione infallibili, in certa per-

ta persona hæres instituі negat. §. *in certis 25. Institut. de leg.* At talis est persona posthumi. §. *incertis.cum §. seq. institut. hoc tit.* Ergò nec adversatur, quod in §. *posthumus a. h. tit.* dicitur, posthumum alienum olim institui posse. Nam illud non incommodè cum *Vigl. d. loco* accipimus, ut ad effectum, non ad juris similitudinem referatur; potuit enim antea, potest & nunc: Aliter tamen antea, aliter nunc; quid enim opus erat nunc de eodem aliquid addere? ergò antea utiliter poterat institui, quia per bonorum possessionem secundum tabulas hæreditatem acquirebat, nunc etjam jure civili potest adire. *Vigl d. loco.* quod dicere malim, quàm *cum Alciat. 9. παρεργ. 1.* textus correctionem inducere, quæ non admittenda est, si tolerabilis responsio inveniri queat. *Ad l. penult. ff. de legat. 1.* quod attinet, puto non improbabiliter dici posse, *legem* eam non in genere de quolibet posthumo loqui, sed tantum de legitimo, quod & verba textus apertè innuunt, *ut pluribus probat Vigl. d. loco.*

XI.

Ad l. 1. de legat. 2.

In arbitrium alterius legatum conferri veluti conditio potest.

Ut, Si Titius Capitolium ascenderit; *d. l. 1. h. t.* quo casu nō proprie ex alieno arbitrio dependere legatum putandum est, hoc enim tum fieri dicitur, cum alienæ voluntati committitur legati substantia, quæ consistit in re, quæ relinquitur, & in personis, quibus relinquitur, quo modo legatum relinquere à veterum decreto alienum est: *l. illa institutio. de hæred. instit.* at si constituas, quod relinquis, & cui relinquis, suspendis dispositionem in conditionis eventum, neq; alterius arbitrio quicquam cōmittis, & hoc est, quod in *l. 3. de leg. 3.* dicitur, quamvis in arbitrio Titii sit Capitolium ascendere, & nolle efficere, ut legatario debeatur legatum, non tamen (sic enim sentit JCtus) quicquam substantiam legati concernens in ejus arbitrium confers, & cum possit sub alia quavis conditione legatum relinqui. *l. 5. quand. dies leg.* nulla ratio est, cur hæc talis respuatur, quæ nihil aliud prę ter conditionis eventum spectat, qua existente non potest quicquam ex legato Titius immutare. Verum totum hoc ita restrin-

ges

ges ex sententia *l. nonnunquam 51. de cond. & demonstr.* nisi expresserit voluntatem Titii, ut si dixerit: Do Mævio centum, Si Titius voluerit, ratione *l. si quis 68. de hered. instit.* nam etiamsi & priore casu in voluntatem Titii res collata videatur, non tamen id expressit testator, & expressa nocent, non expressa non nocent. *d. l. nonnunquam. l. si quis 68.* Cui membro valde adversatur *d. l. 1. in pr. de legat. 2.* quæ vult nihil interesse, sive quis ita dicat: Si Titius Capitolium ascenderit, sive ita: Si Titius voluerit, verum id dissolvendum *ex mente JCti sc.* nihil interesse, quo ad hoc, ut dici possit legatum collatum in arbitrium alterius, interest tamen, quia in priore exemplo non expresse collatum est, in posteriore verò expresse, proinde illud valet, hoc non item *d. l. nonnunquam.*

XII.

Ad l. Re conjuncti. 89. de legat. 3.

Triplicis conjunctionis mentionem facit *in hac l. Paul.* quæ tum facta dignoscitur, cum una & eadem res in eodem testamento, eodem successionis genere relicta est, *ut in exemplis sequentibus,* qui enim ita legat; Titio fundum Tusculanum do, lego, eundem fundum Mævio do, lego, realiter Titium & Mæviũ conjungit, rei enim hoc est fundi legatum eos conjungit, licet verbis & orationibus diversis. Verbalis conjunctionis exemplum est: Titio & Mævio fundum Tusculanum æquis partibus do, lego. Hi etsi verbis conjuncti sunt, re tamen separati reputantur, quia æquales partes sunt relictæ, non quidem corpore divisæ, sed intellectu; nam si corpore divisæ essent, utique dimidia parte separatim relicta, nulla esset conjunctio. *l. plane 34 de legat. 1.* Re & verbis conjuncti dicuntur hoc modo. Titio & Mævio fundum Tusculanum do lego, hi enim non verbis tantum conjuncti, quia nulla est partium expressio, non etiam re tantum, quia verbis conjuncti sunt, relinquitur ergò utroque modo simul, hoc est, Re & verbis conjunctos esse. Quibus ita præmissis. 1. quæritur, An conjuncti mixtim faciant ab initio partes, vel demum concursu? Et quidem prius volunt (*Govean. ad d. l. re conjuncti. 89. in anima. libro. Duar. 1. de jur. accresc. 11.*) quorum argumenta recenset *Fachin. 4. controv. 94.* præcipuum est *in l. planè §. si conjunctim. de legat. 1.* conjuncto eo, jus accrescendi id dat, quod non habuit antea collegatarius,

nam quomodo accrescet id, quod habuit, at si ab initio solidum habeant collegatarii, frustra sanè de accretione quærimus cum ipsis solidum, quod antea habuerunt, nunc uno deficiẽte obtingat, quam argumentationem non admittit *Celsi* ratio dicentis, Totiens jus accrescendi esse, quotiens à duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est. *l. 3. in pr. de usufr. accresc.* & generalior est, cum solidum quod habeant, non simpliciter & irrevocabiliter ipsis competat, sed cum hac quasi conditione, si collegatarius cõcurrere desierit, quo deficiente jus nanciscendæ partis integræ competit, quod ipsi donec de alterius voluntate cõstat, non permittitur, *& hoc est, quod Imperat. ait in § si eadem res. Instit de legat.* R. duobus legat, sive coniunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum, si enim solidum antea non habuissent, non posset dici scindi inter eos legatum quocirca cum illis facio, qui cõcursu eos partes facere volunt *(Forcat. in Neciomant. Fuma. de conjunct. c. de conjunct. mixt. Fach. d. loco.)* 2. Quæritur an etiam in conjunctione verbali obtineat jus accrescendi? Affirm *l 16. de legat. 1.* & evidenter confirmat *l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* quæ hoc quærit, num verbis cõjunctus sit potior re conjuncto; & magis est ut ipse præferatur *inquit JCtus*, necessum ergo sit & inter eos jus accrescendi. Et rectè *ait Duaren. 1. de jure accresc. 10.* quamvis ab initio partes habeant ex voluntate testatoris, non tamen divisio in partes hujusmodi, quæ incertæ sunt, facit, quo minus ad eandem rem vocentur, & probat *l. unic. §. his itaque C. de caduc. tollend.* contrarium volunt *Cujac. 24. observat. 34. motus l. 1. in pr. l. penult. de usufr. accresc. l. 66. de hæred institut.* addit *Fuma in tract. de conjunct. c. de jur. accresc. ex verbal. &c.* quod totiens sit locus juri accrescendi, quoties à duobus, qui solidum habuerunt, concursu dividitur *l. 3. in pr. de usufr. accresc.* certum est autem, hac conjunctione conjunctos, non facere partes inter se concursu, sed habere ab initio, & per consequens inter eos non habebit locum jus accrescendi, *de quo vide eundem.* 3. Quæritur de simplici reali conjunctione? & quia cõjunctorum uterque in solidum habet rem legatam, ideoque non currente uno rem forte legatam repudiante solidum remanet apud alterum. Proinde jus potius non decrescendi, quam accrescendi locum habet. *l. unic. §. 11. C de caduc. toll.* Sequitur nunc,

Pau-

Paulum in hac l. secuti, ut de prælatione horum conjunctorum quæramus, quæ res dependet ex vero sensu ejus legis. Præfertur igitur (*inquit Paul.*) omnimodo cæteris, qui re & verbis conjunctus est, *Exempli gratia*, Titio & Mævio fundum Tusculanum do lego, eundem fundum Sempronio lego, ejusdem fundi partem dimidiam Sejo lego, in hoc exemplo omnes conjunctionis species proponuntur. Titius & Mævius sunt mixtim conjuncti, Sempronius realiter, Se us verbaliter, ergo ex sententia Pauli, si Mævius legatum repudiaverit, ejus portio soli Titio accrescet, ratio illa est, quia dempta conjunctione verbi, portio Mævii omnibus proportione accresceret, verbi accedens cōjunctio jus prælationis parit (*Govean d. loco*) qua in re facilis est nostrorum consensus. De reliquis major est dissensus. Si vero verbis quidem (*inquit Paul.*) conjunctus sit, re autem non, Quæstionis est, an conjunctus scilicet verbis, potior sit. Et magis est, ut ipse potior sit, qui est genuinus eius loci sensus, *ut in hoc exemplo.* Titio & Mævio fundum æquis partibus do lego. Eundem fundum Sempronio lego, deficiente enim Mævio Titio pars ejus accrescit, cujus rei ratio est, *apud Justin. in l. unic. § his itaq. C. de caduc. toll.* quia propter unitatem sermonis in unum corpus redacti censentur, ut nec *Alciati* dubitatio *7. πάρεργ. 9.* obtineat, qui minimum interesse contendit. *Fachin. 4. controvers. 98.*)

XIII.

Ad l. qui habebat 101. in pr. de leg. 3.

Legatis prædiis testator non videtur legare, quæ ipsi sunt oppignorata.

Quam conclusionem colligit *Bartol. ex d. l. 101. in pr.* ubi testator omnia prædia patriæ suæ legavit, quæsitum an & prædia, quæ pignori habuit, reliquisse videatur? negat Scævola, si modò in proprium patrimonium (quod ferè cessante debitore fit) non sint redacta, quæ Scævolæ decisio dubio non caret. Primo propter *l. Julianus 65. in prin. de leg. 3.* Deinde propter verisimilem affectum erga patriam, qui hoc in casu vel maximè attēdi debet, *nam ut Plato censuit.* nulla in terris major est charitas, quàm quæ

cum patria est unicuiq; nostrûm. Hæc parens, hæc nutrix omnium: hæc artibus, opibus, disciplinis instruit, dignitatibus amplıat, omnia ad suorum civium commodum & ornamenta refert, amat hæc, & vult ipsa amari, tuetur suos, nec vult negligi, & ut breviter dicam, patria à civibus exigit officia, quod cuique nostrûm præstat, suo jure repetit (*Sabell. lib. 8. cap. 1. de charit erg. patriam*) quæ ratio apud me tanti valet, ut non dubitem *contra Bart. & eum secutos hoc in casu* & prædia oppignorata tribuere, qui enim omne dicit, nihil excludit, quod axioma rectè *idem Bartol.* colligit *ex d. l. Julianus 68. & ineptit apud Accurs. Roger.* qui putat, nullum *in casu d. l. qui habebat 101. h. t.* signum universitatis propositum esse quid enim χωρία πάντα aliud, quàm omnia prædia significat? non quoque responsio *Bartol.* recipi potest, qui vult, quod dictio Omnia, comprehendat quidem omne sed saltem ea, quæ possunt comprehendi de natura sermonis, prædia autem obligata non possunt comprehendi ex natura sermonis, quoniam *contra Bartol.* stat evidenter *d. l. Julianus 68.* ut rectius Scævolam interpretari liceat de eo casu, quo pleno jure ea prædia legati hujus intuitu affectabat patria, non etiam salvo jure debitoris, quomodo legare ea licet *d. l. Julianus 68.*

XIV.

Ad l. Titia 86. ad l. Falcid.

Num prælegata contineantur fideicommisso universali, quod hæres rogatus est restituere?

Negat *d. l. Titia 86. ad l. Falcid.* quæ lex cum propter Dd. commēta difficilis putetur: utiliter à nobis hîc explicabitur. Titia fratrē suū Titium, cū duobus aliis ex tertia hæreditatis parte hæredem instituit, eumq; rogavit, ut suam hæreditatis partem Secūdæ & Proculæ restitueret eidemq; fratri quædā prædia prælegavit: quæritur an Titius ea, quæ prælegata sunt, etiam pro ea parte hæreditatis, quā rogatus est restituere, integra retinere debeat Resp. *JCtus* Titium legata integra retinere debere, sed in quartam partem imputari oportere duodecimam partem prædio-

ium,

tum ratione *ut puto* ea, ne nimium pars hæreditatis restituenda decrescat similis locutio est *in l.18.in prin.ad Trebell.* fructus non veniunt in restitutionem fidei commissi, attamen imputantur in quartam; sed si non esset adjectum ut pars quarta deduceretur, totum trienniũ prædiorum legi falcidiæ imputari oportere atq; ita hoc casu non pars 12.ut in priore, sed totus triens, quẽ deducere ut quivis alius hæres potest, ex prædiis retinebit, quoniam contra sententiã matrisfamil. lex Falcidia induceretur, nã licet maximè Titia voluerit fratrem suum quartam detrahere, si tamen non illud expresserit, ut in priore casu, observabitur lex Falcidia, id est, quarta Trebellianica, quã ex prædiis illis detrahet, sed dices hoc in casu post detractionẽ, & prędia illa restitutioni subjacere *l.cum 16.C.de fideicommiss l.Marcellus.* §. *quidam liberis l.18.ff.ad Trebell.* quod tamẽ *lex nostra* negat Dd. *nostri* reddunt, ꝙ acceperunt, docent, quod didicerunt. Distinguunt n. *cum Bart.ut in l.nostra* antecesserit fideicommissum, sequuta sint legata, in LL. vero contrariis, prius fuisse legatum, deinde fideicommissũ, quam distinctionem rejicit *Ferret ad hanc l. Fachin.5. controv. 16.* ego sequor illos qui distinctionem sumunt *ex allegatis LL.* utrum quis portionem suam, aut portionem hæreditatis rogatus sit restituere, *quod latius persequitur Donell. ad d. l. cum virum.16.C.de fideicomm.Pac.6.ἐναντ.50.Fachin.d l.*

XV.

Ad l.in quartam 91. eod.

Quæ est ratio differentiæ, ut in Falcidiam saltem imputentur ea, quæ jure hæreditario capit hæres, in Trebellianicam verò etiam ea, quæ jure legati vel fideicommissi?

Illam desumere soleo ex præsumpto testatoris erga hæredem affectu *argum.l.nec adjecit ff.pro socio.* quẽ hac in re lex Falcidia, ut & SCtum Trebellianum pressius sequuntur, vult n. Testator Legata et Fideicommissa illis, quibus reliquit, præstari quod ita accepit Lex Falcidia, ut præ cæteris voluerit eadem, si quæ relicta sunt, hæredi dari, idque propter verosimilem testatoris

erga

erga hæredem affectionem, quem voluit fortunarum suarum post se successorem esse, SCtum autem Trebellianum ex eadem testatoris mente statuit, eum magis diligere fideicommissarium quàm fiduciarium hæredem, ideoque si tantum sit relictum huic, ut possit eo ad adeundam hæreditatem induci, putavit rectius, nullam inter legati aut hæreditatis titulum differentiam admittendam esse, quæ ratio si displiceat, vide aliam *apud. Duar. 2. disput. 10. Wesenb. in parat. h. t. n. 5. Fachin. 5. controvers. 15.* quanquam si *Cujac. 8. obs. 4.* credimus, non sit hac de re inquirendum, cum ex æquiparatione legatorum & fideicommissorum nullum amplius supersit discrimen, cujus sententiam non admittit *d. loco Fachin.* confirmat opinionem suam *Cujac. ex l. solum quem C. famil. ercisc.* quam explicat disputatio *8. q. 16.*

XVI.

Ad l. 9. §. final. & l. seq. ad Trebell.

Si quis sub conditione fuerit hæres scriptus, non potest restituere hæreditatem.

d. l. 9. §. final. & l. seq. ad Trebell. quod enim non debetur, solvi non potest, quia natura non est solutio, nisi ejus, quod debetur *in pr. Inst. quib. mod. toll. obl.* q a. sub conditione debetur, id pendẽte conditione nõ debetur. *l. cedere diẽ de V. S.* E. pendente cõditione solvi non potest. Verũ graviter obstare videtur *l. 12. C. de fideicommiss.* in cujus specie mulier rogata fuit restituere hæreditatẽ post mortem ipsius, quæritur an possit ipsa quarta detracta Trebellianica eam restituere, Respond. quod sic, id autem cum eo, *quod ante dixi*, confligit, hoc enim fideicommissum post mortẽ est conditionale, habet n. hæc adjectio diem incertum, qui in testamẽtis pro conditione est, ac perinde habetur ac si dictum fuisset: *Restituas si mortua fueris*, nempè per hæredes tuos. *l. dies de condit. & demonst.* ideò disertè scriptum est *in l. 4. quando dies legator* hoc genus fideicõmissi esse conditionale Bart. *ad l. 9. h. t.* totus est in distinctionibus, quas didicit ex *gl. ad d. l. 9.* Don. *ad d. l. 12.* existimat, hoc fideicõmissum hactenus esse conditionale, quatenus hæres vivus non restituit hæreditatem, at si restituit, non esse, qui ex judicio defuncti restituit, qui voluit licere hæredi restituere, forsã id vo-

id voluit, hoc fideicommissum esse conditionale respectu fideicommissarii, non etiam fiduciarii, nam si ille voluerit petere restitutioné, haud dubiè repelletur, utpote sub conditione debitū petens: at fiduciarius, quia tempus mortis in ejus favoré appositum est, si voluerit, poterit huic favori renunciare. *arg l penult. C de pact.* & ante tempus mortis restituere. *l. eum qui cæteru. §. fin. de V. O l. qui pœna. in pr. eod.* quod plurimum confirmat *l. cum pater. § hæreditatem. ff. de legat. 2.* quæ vult hæredem gravatum post mortem suam restituere, non esse cogendum, ut ante mortem restituat. Ergò si ipse voluerit, quia non cogitur, potest: coactivam enim, non voluntariam restitutionem prohibet. Cæterum id negari videtur *d. l. cum pater. §. à filia ff. de leg 2.* ubi dicitur, solutionem vel restitutionem fideicommissi, quod debebat solvi post mortem, si restituatur ante mortem, non valere. Respond. nos loquimur de restitutione facienda certæ personæ. *d. l. cum pater §. filia.* loquitur de incerta persona: rationem diversi juris habes *apud. Sichard. ad d. l. 12. n. 6.*

XVII.

Ad l jubemus C.h.t.

Filius fideicommisso gravatus non potest duas quartas detrahere.

d. l. jubemus. C. ad Sctum Trebell. ubi pater filium rogatum restituere aut fratribus, aut cuicunq;, omnimodò reddere dodranté, quæ novem unciæ sunt. Ergò duas non retinebit quartas *Bald. ait* filium acquievisse uni deductioni, sed oportuit filium familiarem *Baldi* admodum fuisse, cujus ille mentem tàm benè novit, *ut ait Ferret.* & *Baldum* refutant verba illa *omnimodò restituatur,* quæ necessitatem omninò imponunt filio 2. quia ea, quæ in quartam aliquam imputantur, ad eum modum habet, qui quartam efficit, is eam quartam habet, nec in ea quicquam requirere potest amplius. *l. in quartam 91. ad l. Falcid.* At qui quartam Trebellianicam habet, is habet ea, quæ imputantur in quartam legitimam. Ergò qui habet quartam Trebellianicam, is continuò & simul habet eatenus legitimam. Et vice versa hoc idem valet, ut qui legitimam prius côsecutus est, habeat ea, quæ imputantur in

Pp quar-

quartam Trebellianicam. Quæ imputantur in Trebellianicam? quæ in legitimam? explicat *Don.7.com.30.3.* Urgens hujus rei probatio est *in l.1.§.penult ff si cui plus quam per legem Falcid.* ubi extraneus non potest quartam ipsi à legibus debitam, & quartã Falcidiam deducere. Ergò nec filius, respondent *Dd.per notat.in l.si quis legatum in fin. de fals.* quia facilius perdit suam portionem patronus, quàm filius: sed hoc nihil ad nos, quoniã satis est habere regulam, & qui differre hic dicit, dabit legem vel rationem. 4. quia lex iniquũ putat, hæreditatem gravari à duobus, in his quæ à voluntate pendet, *l.Titia.§.qui invita ff.de legat.2.* Id ergò multò minus erit in necessariis; scimus n. quartã Trebellianicam deduci cõtra voluntatẽ testatoris. *l.Titia.ad l.Falc.5.* quia cessat causa retinendæ quartæ fideicõmissorũ: non n. est dubium, ne non adeatur hæreditas: cum non possit filius hæres universalis accipere legitimã, & hæreditatem repudiare, quamobrem cessante causa, cessabit etiam effectus: de repudiatione illa est ratio, ne pro parte hæreditatẽ adeat, & pro parte non *l.1.2. de acquir. hæredit.* quia legitima est tertia hæreditatis. *ut in Novell.18.* (alia habet *Hotom. illustr.q.43.Cuj.8.obs.3.*) in contrariũ tamen ivere pleriq; (*quos recẽset dissentiens Fach.controv.2.*) moti his sequentibus 1. legitimæ non potest onus imponi *l.quoniam in prioribus.C.de inoff. testam.* at hoc modo onerabitur necessitate aditionis. R. nulla est illa oneris impositio quoad legitimã, sed est gravamen per legitimã, tunc n. est in ea onus, quando minor redditur vel quantitate vel tẽpore. 2. Op. *l.quotiens.67.ad l Falc.* in qua tàm ex *l.Falcidia*, quàm ex *l.Jul.* deductio admittitur, cur non igitur & in casu nostro? Resp. *Hot. d.loc.* 3. Opp. qui discreta jura habent, diversarum personarũ loco sunt, & diversis modis possunt emolumenta consequi. *l. Tutorẽ vers. discreta.ff.de his quæ ut indign.l.si consul.3.de adopt. l. qui non militabat 78.d hæred.inst.* Sed filius diverso jure petit duas quartas, unam tanquã filius, alteram tanquã quilibet extraneus Ergò duplici jure etiã utetur. Resp. Regulæ isti locũ esse, ubi qualitas diversarum personarum inter se non repugnat *argum. l. Titia si nupserit de condit. & demonstrat* repugnat autẽ aliquem esse filium, sed tanquam extraneum. 4. non est negandum filio, quod cõceditur extraneo, quæ fuit ratio *c. Raynutius de testam.* in illis verbis: *Cum etiam quilibet extraneus in conditione gravatus eam deducere possit.*

Con-

Concedirur a.cuilibet restituenti Trebellianicã deducere. Ergò & filio R. non negari filio, ut quartam deducat, sed quia tantum habet, etsi jure diverso, quantum habuit extraneus, contentus erit, ne non sit locus voluntati testatoris. 5. quod prohibetur una via, non debet alia concedi: sed Trebellianica non potest prohiberi directò: ergò sicut extraneo directò negari nõ potest, sic nõ negabitur filio per inflexũ. Resp. nos nõ prohibere Trebellianicã, quinimò læti lubentesq; filio deferimus, & electionem hujus vel quartæ legitimæ damus. Addidit & superioribus nõnulla cõtra eã, quã defendimus sententiã. *Fach. d. controv. 2.* Movetur præcipuè *Novell. 39. c. 1.* in qua Imp. Justinian. decernit, legitimam filiorũ à restitutione excipiendã esse, ex quo consequens ille vult, eam restitutioni obnoxiã non esse, sed ad superioris sentẽtiæ defensionẽ nescio an evidentius argumentũ extet, quàm id quod *d. Novell. 39.* suppeditat: exception. (ut fandi mos nostrorum est) in cõtrarium regulam esse arguit, quod & rerum experientia nos docet, & obvium cuilibet. *l. his verbis. 102. ibid. Dd. de legat. 3. l. Tribunus. §. fin. de testam milit. Bart. in l. quæsitum. §. deniq; de fund instr. Dec. in l. 1. n. 23. de R. J. & cons. 552. n. 3. Tib. Dec. cons. 51. n. 4. vol. 1.* In casu a. dotis & donationis propter nuptias, si non legitima pars pro ratione & personarum qualitate sufficiat, ulterior detractio permittitur. *d. N. 39. c. 1.* E. aliis in casibus, ubi nimirũ legitima doti & donationi propter nuptias sufficit, ea inhibita censebitur, & quale hoc argumentũ: legitimę restitutioni obnoxia non est. Ergò & Pegasianæ quartæ detractio permittenda erit, mens & propositũ Justiniani id enervat, cujus rei argumentum desumo *ex d. l. Jubemus. C. ad SC. Trebell.* quod nescio an rectè explicẽ. Olim cũ quartæ Pegasianæ seu Trebellianicæ & legitimæ eadẽ quantitas, nihil intererat hanc illãvè deduceret filius, undè & in specie *d. l. Jubemus.* quartam Trebellianicã deducere proponitur: una n. in alterã imputabatur, utpote cũ utriusq; fons & origo eadẽ, at cũ legitimæ quantitas hodiè pro liberorũ numero Justiniani munificentia creverit *Nov. 118. c. 1. d. Nov. 39. c. 1.* nil mirum, si eadẽ omnẽ restitutionem effugiat, ne videl. parens fraudem liberalitati Justinianeæ facere possit, nec tamẽ hinc ad Pagasianæ detractionẽ procedendum erit, sed propter superiora constringenda, ex quibus nunc infirmitas *& cæterorum argumentorum Fachin.* dependet.

XVIII.

Ad l. Ballista. 32. ff. h. t.

Non facilem explicationem habet, cur in specie *d. l. Ballistæ 32.* fructus, quos ex hæreditate percepit, restituere cogatur hæres? cum is qui ita rogatur: *Quicquid ex hæreditate boniuvè meis ad te pervenerit, cum morieris, restitues*, non censeatur de fructibus restituendis rogatus. *l quod his verbis. 83. in pr de leg. 3.* cujus rei ratio est *apud Ulp lib. 15. ad Sabin.* quia fructus non hæreditati, sed ipsis rebus accepto feruntur. *l. 18. h. t.* & eleganter in hac specie confirmat Papinian. *Heredes mei, quicquid ad eos ex hereditate boniuvè meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ Beneventanorum* nihil *(inquit)* de fructibus pendente conditione perceptis petitum videri constat. *l 57 h. t.* quod & autor *d. l. Ballista* Celsus nimirum *eod. lib. 20. ff.* tradidit in mox sequente *l. 33.* dum negat quadraginta ex fructibus redacta fideicommissario restituenda esse: præviderunt nostri hæc, sed extricare se non possunt, quocirca ad geminationes nescio quas, & miseram delapsi sunt Grammaticam: ratio à Celso in conjectura voluntatis ponitur. *Perinde (*inquit*) quasi specialiter hoc testator expressisset*, quę unde colligi possit, acutè satis vidit ille *Cuj. 4. obs. 39.* fideicommissum coloniæ Philippensium *(ait* propalàm non relinquitur in hũc modum. *Quanta pecunia ex hereditate mea ad te pervenerit, eam omnem restituas*, sed instituitur filius sub hac conditione. *Si caverit quantacunq; pecunia ad se pervenerit*, eam omnem ad coloniam Philippésium perventuram. De fideicommisso autem hæreditatis cautio Prætoria interponi solet, etiamsi de eo nihil testator dixerit, *l hac stipulatio ff. ut legat. nom. caveat.* quæ non recipit incrementum fructuum *l. 1. §. bellissimè eod t.* huic enim cautioni eadem causa inest, quæ fideicommisso *l. Titius §. ult. h. t.* Hac verò cautione Ballista contentus non fuit, sed voluit conventionalem interponi, & quodammodo non ex testamento, sed ex cautione conventionali fideicommissum deberi voluit. Hujusmodi autem cautio conventionalis incrementum fructuum recipit. *l pecunia §. 1. de V. S.* & plenior est Prætoria, quoniam id plerumque agere videntur contrahentes, quamobrem dum ex cautione conventionali, non ex testamento hæreditatem restitui voluit, cum incremento restitui voluit, alioquin frustra jussisset caveri, cum edictum sufficeret.

DISPUTATIO DECIMA NONA.

Quam

Publicè in Auditorio JCtorum defendet

WICHMANNUS DE CARSTET

Nobil. March.

Thesis I.

Ad l. 3. §. 8. de bonor. possess.

Sitnè bonorum possessio alia edictalis, alia decretalis.

Communis Dd. opinio adfirmat (*Sichard.* post veteres. *ad tit. C. qui admit. ad bonor. poss. in rubr. n. 24. Fach. 5. controv. 73. Donell. 7. comment. 14.*) putat enim edictalem esse, quæ per prætorem mortuum ex suo edicto defertur: Decretalem, quæ ex edicto prætoris vivi defertur, atq; ita illam jus quærendum, hanc jus quæsitum respicere: non rectè. 1. quia sic saltem ex accidenti vel respectu temporis differrent, cùm tamen notum sit species essentia differre debere. *l. fin. C. de fid. Instrum.* 2. quia si edictalis bonorum possessio non petatur, diebus certis non finitur. *l. 1. §. quibus 11. de success. edict.* ut & decretalis *d. l. 1. §. decretalis*: hoc tamen si communem illorum sententiam sequeremur, impossibile foret, quandoquidem per lapsum temporis primo semper edictalis admitteretur, & ea finita decretalis petendæ jus ne quidē superest, quod omnes concedunt. cū per edictalem ad decretalem perveniatur, ideò decretalis diebus nunquam deficeret, edictalis tantùm, contra *d. l. 1. §. decretalis.* Ergò una erit bonorum possessio, interdum ex accidenti varians, & eodem modo defertur, si

enim causa non habeat controversiam, rectè ex edicto quis in possessionem mittitur. Si verò controversia oriatur, ut quia adversarius petenti non decernendam possessionem contendit, tum ex decreto missione opus erit. *l. 2. §. dies. quis ord in bonor. possess. l. filium §. si quis contra. de legat præstand. l. 1. §. nepos. ff. si quis à par. fuer. l. 2. § si ea ff. de vent in poss. mitt.* quam sententiam impugnare videntur argumenta *Gryphanii in tract. de divis. jur. th. 54.* 1. quia decretalis non potest dici edictalis: quia decretum ab edicto differt. 2 Edictalis non decernitur, sed datur ex edicto: aliud est autem edicto, aliud decreto dare seu restituere. 3. Decretalis sive cum contradictore, sive absque eo decerni solet, quibus respondere mediocris ingenii est.

II.

Ad l. 4. §. 1. de bon. poss. contr. tab.

Deturne patri præterito à filio emancipato habente liberos querela, vel bonor. possessio contra tabulas?

Vid de hac Q. *Dd. ad l. 14. de inoff. testam. Rubeum tract de inoff. testam. c. 3. n. 5. Vigl. in pr. n 4. de inoff test. Walth. 1. miscell. 17.*) nonnulli querelam ei competere volunt. 1 quia *d. l. 14. de inoff. test.* dicit, patrem ad querelam vocari. 2. quia non datur ei bonorũ possessio contra tabulas, cui aliquis præponitur in successione. *d. l. 4. §. 1. de bon. poss. contr. tab.* Sed liberi præferuntur patri in successione filii emancipati. Semper enim potior est causa descendentiũ. Et per consequens non bonorum possessio, sed querela patri dabitur. 3 quia quoties aliquis præteritur, qui in potestate testatoris non est, cessat bonorum possessio. *d. l. 4. in fin. de bonor. poss contr. tab* Pater autem dici non potest in filii potestate. Ergo. Plurimi e cõtra bonorum possessionem ei largiuntur. *per l si proponas. 23. ff. de inoff. test.* quæ concedit filio emancipato bonorum possessionem contra tabulas, cur non igitur & patri? quod & vulgaris argumentatio à correlativis confirmat, & patri tribuendam in casu proposito vult. *l. 1. ff si quis à parent.* & hanc opinionem pluribus confirmat. *d. loca Rubeus n. 5. Walth. d. c. 17.* quid igitur? an non dici poterit, utrumq; remedium parenti competere, & in electione ejus esse,

esse, quo voluerit experiri? nec facit, quod querela contineat remedium subsidiarium. §. *1. Instit. de inoff. testam. l. fin C. de lib. præter.* nam & contra tabulas possessio habet extraordinariũ remediũ, ex quo cum ista remedia ambo sunt extraordinaria; & ad idem tendant, non est absurdum electivè concurrere, *vid. Rub. c. 4. in pr. de querel. inoff.* III.

Ad l. final. C. qui admitt. ad bon. poss.

Num bonorum possessio hodiè etiamnum decretum requirat?

Gloss. in d. l. fin. C. h. t. negat: communis Dd. schola sequitur, testibus *Grasso in § bonorum possessio q. 6. n. 2. Bell. 4. supputat. 1. Fach. 5. controv. 74. Cuj. 17. obs 19.* quam post alios impugnat *Alc. 2. parodox. 13.* ego *contra Alciatum* communem sequor, quia in bonorum possessionem mittere mixti imperii est. *l. 3. de jurisd. (dixi disp. 1. q. ult.)* requirit enim decretum, per consequens & apud eum magistratum saltem fiet, qui ejus imperii seu decreti interponẽdi jus habet, h. e. prætorem vel Præsidem *l. ne quicquam. § ubi. de offic proconsl. l. 26. §. 1. ad Municipal.* verum nunc constat *ex d. l. final.* etiam apud Duumviros & quoslibet judices, petitionem missionis fieri posse, qui tamen decreti interponendi jus non habent, neque ea, quæ sunt mixti imperii. *d. l. 26. §. 1.* Et per consequens nullum requiritur decretum, unde & *d. l. final.* requirit qualemcunque testationem amplectendæ hæreditatis. Ergo non decretũ, quia decernere est cognitionaliter statuere. *l. 1. de constit. princ. l. pen. de off prætor. l. 3. in fin. ff quod quisq; jur.* & decretum dicitur, quod causa cognita statuitur, pornunciatur. *l. 1. de offic. adsess. l 3. in fin de pact. l 2. & 3. ff. de confir. tutor.* unde non nisi pro tribunali, non etiam de plano interponi consuevit. *l. 7. in f. de confir. tut. l. 3. §. si causa. ff. de bon. poss.* quod plurimum confirmatur, *ex §. final. Inst. de bon. poss.* dum statuit, quocunq; modo se admittere bonorum possessionem in judicio ostenderit, plenum consequatur ejus beneficiũ, verum si requireretur adhuc decretum, non solum animi judicium eam admittentis sufficeret, quid? anne Justinianus *in l. ult. §. nos autem. C. de cu. rat. furios.* satis per temporis præteriti adjectionem, abnegat præsens, dũ ait: Quę ante ex DECRETO DABATUR &c. Alciatus *ex verbis d. l. final.* sic arguit. Captiones inanium verbo-

borum excluduntur per Constantinum. Ergò non decretum, quoniam sine causæ cognitione & absq; ulla verborum captione interponebatur, verum *ut rectè notavit Accurs.* Constant. loquitur similitudinariè, ut enim idem sustulit captiosas formularum solennitates. *l. 1. & 2. C. de form. imper.* ita & *in d. l. ult.* tollit omne decretum. 2. Opp. dicit *Iustin. in d l. ult. §. nos itaq; C. de curat. furios.* Petitionem bonorum possessionis à Constantino sublatam esse: verum nihil commune habet petitio cum decreto. *R. Bellon. d. loco.* id falsum esse, quoniam petitio fiebat, ut Prætor posset super ea causæ cognitionem adhibere, & deinde decretum interponere, si res postulabat: sed cum nulla fiat petitio, super quo cognosceret Prætor, aut decerneret? Sublata itaq; petitione, necessariò sequitur sublatum decretum. 3 Opp. Justin. *in d l. ult. §. nos itaq;* comparat illam bonorum possessionem ei, quæ furioso decerni solet, verum illi non datur bonorum possessio absque decreto. Ergò. R. *Bellon. d. loco. & c. 2.*

IV.

Quæritur an hodiè bonorum possessiones adhuc sunt necessariæ.

Communiter volunt, competere quidem volentibus, sed necessariam non esse *(ut dicit Oldendorp. class. 5. act. 6.)* quamvis cómunior videatur opinio, multis etiam casibus necessariam esse *(Graff. §. bonorum possessio q. 5. Schn. in tit Inst. eod. §. cum igitur n. 10. & seqq. Sichard. ad rubr. n. 6. C. qui admit. ad bon. poss.)* ut si filius emancipatus præteritus velit contra tabulas patris possessionem petere *Graff. d. loco. n. 2. Schneidew. eod.)* licet enim hodiè differentia emancipationis quoad successionem ab intestato sublata sit, non tamen quoad succedendum ex testamento *(Sichard. d. loc n. 8.)* ubi addit secundum casum, de viri & uxoris successione *(Graff. d. loco n. 8.)* qui & plures, in quibus bonorum possessio obtinet, recenset *(Schneidew. in d. loco)* nec his adversatur. *§. fin. Institut. h. t.* Ne quis *(ait Imp.)* pro petenda bonorum possessione curet, nam *ut rectè Oldendorp. d. loco ait,* vetus bonorum possessionis solennitas sublata est, at non simplex quædam imitatio, ut hæres sese magistratui insinuet, petatque auxilium in his, quæ illi fortè, ne

ad

ad hæreditatem apprehendendam perveniat, de facto obstant. *l.fin.C. qui admit.ad bon.poss.*

V.

Ad Titulum de collatione bonorum.

Cur collationi inter ascendentes non est locus?

Qua de re etsi nostri dissentiant *(ut videre est ex Vital. Nemausense tract.de collat.q.20.Sichard.ad rubr.C.de collat. n. 11.)* placet tamen mihi *Baldi* opinio *in l.si emancipati.C.h.t.* id ipsum, quod in thesi volumus, adstruentis, est enim materia collationis exorbitans à regulis juris communis, ut eam sine expresso textu extendere non liceat.*l.Illam C.h.t.* neque argumentum à correlativis quicquam movet, quoniam eorum hoc in casu diversa est ratio. Ascendentibus enim non debetur hæreditas, ut liberis, commiserationis saltem ratio illos turbato mortalitatis ordine admittit *l.scripto ff. und.lib.* cui etiam satis fit licet unus eorum plus minusvè consequatur, liberis autem jure naturæ debetur, quod omnem inæqualitatem respuit, & quasi domini dicuntur paternorum bonorum.*l.in suis de lib.& posth.* ita ut inter dominos inæqualitas maximè reprobatur, si etiam inter liberos, quæ & ratio introductæ collationis præcipua est.*l.1.h.tit.arg.l.77.§. 20. de legat.2.l.17.C.h.t.*

VI.

Ad l. 13. C.h.t.

Num simplex donatio sit conferenda.

Quæ ita dicitur respectu donationis propter nuptias, dotis:& confertur vel in eum, qui tempore donationis erat in potestate, vel emancipatus: priore casu, supervacanea omnis quæstio est, quia momento eo, quo donat parens, ad eum revertitur. *l. 1. §.1 ff pro donat.* nec est quod quis cum turba nostrorum regerat, donationem morte patris confirmari *l.donationes quas C.de donat. int.vir.& uxor N.161,c.1.* ea autem quæ post mortem patris acquiruntur, in collationem non veniunt.*l.nec emancipati.C.de collationib. Fachin.5. controvers. 80.)* nam præsuppositum illud à me non admittitur, qui sciam correctionem veteris juris eo portēdi, quę

vel ipsis Dd, inculcantibus, studiosè vitanda erit, & miserum est à silentio generali ad speciale mortis argumentari, reclamantib. tot juribus, sed ut largiamur nostris quod volũt, & ut ipsis cõcedamus morte tanquam silentio perpetuo cõfirmari donationẽ, hoc saltem obtinebunt, id ex *Justiniani d.l. donationes quas*, demum introductum esse, quod & ipsi concedunt omnes Rectè, non itaque apposité satis eam *ad l. filia. C. famil. ercisc. l. 13. C. de collat.* in quibus hujus rei summa est extendunt, respectu itaque habito ad tempus latarum *dd. ll.* illud in usu jus erat, non morte patris confirmari donationem. *d. l. 1. §. 1. pro donat.* & hinc lux clarissima affulget *legi 13. C h. t.* quam crassa nimis correctione violavit *d. loco Fachin.* ut nec græcorum cõmentum placeat, de quo *Cujac. 9. observ. 17.* quod nec superiori isti critico placet, sed plumbeis plane rationibus: *Cujacium* non sequor, ut superiora indicant, quæ facilem hujus rei explicationem continent: qua n. ratione præcipuum postularet fundum *in d. l. 13.* soror, cum donatio nullius planè efficaciæ fuerit? quod nec impugnatur *d. l. filia 18. C. famil. ercisc.* quia juridicum est; eam accipere de filia, quæ post cõparationem emancipata fuit. *juxta l. donationes. 31. §. 2. ff. de donat.* Et nũc ad emancipatum transeo, de quo ita firmiter concludo, eum non teneri simplicem donationem cõ ferre. *d. l. filia. 18. & l. illud in fin. C. de collationib.* sive illa donatio facta sit in potestate constituto, & passus fuerit res donatas penes eum manere, quæ est species *d. l filia. 18. l. 31. §. 2. de donat.* sive jam emancipato: hoc enim casu. quia donatio firma est, non magis quam quivis alius extraneus ad collationem urgebitur. *d. l. illud in fin. C. h. t.*

VII.

Ad tit. de oper. nov. nunt. ad l. 1.

An impunè sperni possit nunciatio, si notorium sit nunciatorem jus nunciandi non habere.

Negat *Cujac. 9. obs. 17 motus l. 1. in pr. l. 20. §. 1. h. t.* quas ego in casu dubio accipio, quæ cõmunis est opinio *Bart. Jas. in l. 1. h. t.* & ante eos *Speculator in tit. de nov. oper. nunt. n. 6.* & sic stabilitur 1. cõstat, si

fructu-

fructuarius domino nunciaverit, nunciationem inutilem esse *l. 2.h.t.* 2. qui in mari vel in littore ædificat, à nemine nunciando prohiberi potest. *l.1.§.quod si.18.h.t.3.* si plurium dominorum rei opus noceat, non sufficit unum ex sociis nuntiare. *l.5.§.si plurium 6.h t.* quorum omnium is effectus certissimus est, ut contra hujusmodi prohibitionis pergere in ædificando liceat. 4. quia quoties vitiosè nunciatum est, non videtur nunciatum. *arg. l. 6. ff qui satisd. cogunt*, ubi glossa format hanc regulam, quod non refert an aliquid non fiat, vel minus benè fiat. *l. ubi in fin. ff. de edend. l. quamvis. §. si convenerit. ad SCtum Vellejan. l.1. §. pen. ff. quod cujusq; universl. l.1. si quis in jus voc. non ierit. l.1. de adempt. liber.* & in proposito rectè dicit *Panorm. in c. 1. n. 10. extr. h.t.* non esse verosimile jura figmentis, delictis & deceptionibus locum dare velle, imò injurias prohibere. *l si major. C. de Præsc. vendit. l. meminerint. C. und. vi. l. 1. C. de his qui ven. ætat. imper.* nec præsumendum Prætorem amantem æquitatis, voluisse nunciationem evidenter & notoriè injustam, ligare ædificantem (*Gail. 1. observ. 16. n. 4.*

VIII.

Ad d.l.1.§ quis ædificium 13.h.t.

An vetus ædificium reficienti novum opus nunciare liceat?

Negat *post Accurs. Bart. ad d.l.1. §. 13.* quia reficere non continet ædificationem vel destructionem, quæ duo locum faciunt huic edicto. *d.l.1.§. opus novū. 11. h.t.* 2. quia nō fit species novi operis, quando est opus, *l. stipulatio §. opus h.t.* Affirmat *post Dyn. Duar. c. 2. de oper. novi nunt.* 1. quia reficiens de novo facere videtur. *l.1. §. deinde ff. de rivis.* 2. quia domus refecta alia domus videtur. *l. inter stipulantem. § sacrum. in fin. de V.O.* 3. quia *l. 5. §. si quis rivos. h.t.* vult, propter publicam utilitatem contemni operis novi nūciationē si quis rivos reficiat. frustra autem id diceret, si adversus reficiētes locum non haberet novi operis nunciatio, cur enim hāc causam exciperet, ut propter publicam utilitatem liceret reficere? quæ sententia plausibilis est; impugnatur ratione *d.l.1.§ si quis 13. h.t.* Hic enim non novum opus facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet, quæ vel maximè refectioni applicari potest,

ergò id addimus; si ea refectione nova rei facies inducatur, quod plenius explicat *Duar.cap. 2.h.t.*

IX.

Ad l.5.§.meminisse.eod.

Quæritur cur possessionem amittat is, qui verbaliter nunciat, non verò qui alio modo prohibet?

d.l 5.§.meminisse 10. h t. videtur enim hoc contra rationem juris receptum, cum nunciatio fiat sui juris conservãdi gratia *l.1. §.16.h.t.* Ergò ex ea sequi non debet juris amissio & privatio. *arg. l.quod favore C.de ll.* est autem grave possessionem amittere. *§ commodum Inst.de interdict.* Respond. Glossa, quia meticulosus videor, & eam deserere, secus ubi audacter per lapilli jactũ, vel per Prætorem, quæ ratio *Bartolo* displicet, quia modica est audacia *(inquit)* lapillum jactare: putat *Vaud.1.variar quæstion.53.* non ita intelligendum, ut nunciatio possessionem transferat, neque enim verbis possessio transfertur. *l.cũ hæredes.in pr.l.qui universas § quod per colonum.de acquir. poss.* sed ut sequente demum satisdatione, proindeq; remissione habita, possessor intelligatur hoc ipso cõstitui; *l si alius.§.ait Julianus.ff quod vi aut clam.l.1.§.quæsitũ ff. quor. legator.* tunc n. quasi ex voluntate nunciantis, cui satisdato cautũ est, incipit ædificator possidere, estq; satisdatio pro possessione. *l.qua ratione.§.interdum.de acquir.rer.domin.junct.l.stipulatio. §. 1. de oper.nov.nun.* neq; dici potest vi aut clam possidere: Aliter *Hottom. 2.obs.4.* putat possessorem constitui, cum in suo vel publico ædificat. *l.7.§.si pacisctar..de pact.* ideoq; *in d.l.5.§.meminisse*, mendũ subesse contendit in verbis, est; PER LAPILLI IACTUM: denique rem aliter explicat *Duar.ad d.l.5.§.meminisse*, quia permittitur ædificare ei, qui scit eum, cui nunciat, posse ædificare, non videtur habere animum possidendi, nisi aliud appareat, possessio amittitur solo animo *l 3.§.in amittenda.de acquir.poss.* In alii, prohibitoriis non est locus satisdationi aut remissioni, nullo id jure cautum reperitur, prætor in edicto loquitur de nũciatione, *l.1. in pr. l.20 h.t.* at nunciatio ab aliis duobus distinguitur. Prohibitio prætoria nunquam vocatur nunciatio.

Ad l.

X.

Ad l.unic.C.eod.

Num l.unic. C.de nov.oper. nunciat. derogét juri veteri?

Si is cui nunciatum erit, satisdederit, repromiseritvè aut per eum non fieret, quominus boni viri arbitratu satisdet, repromittatur, perinde est ac si novi operis nunciatio omissa esset. *l. 5. §. si is cui 17 de oper. nov. nunt. l. 20. §. 5. eod.* estq; eam in rem interdictum cujus formulã proponit *d. l. 20. §. 9. h t.* quod ex Justiniani constitutione *in d. l. unic h. t.* vel ut in aliis Cod. *in l. final. Cod de ædific. priv.* paulo immutatum contra nonnullos puto (*vid. Bart. ad l. 20. §. 5. h. t. Accurs. ad d l. un. C. h. t. Duar. ad l. 5. §. si is cui h t. Alc. in l. 1. h t.* (quæ vult satisdationem intra trium mensium spatium, intra quod negotium hoc terminabitur, non necessario à nunciante suscipi, quod si propter aliquod impedimentum ad decisionem ambiguitatis perveniri nequeat, poterit prohibitus dato fidejussore in ædificatione pergere, ut si rectè ædificaverit, omne opus quod post denunciationem fecerit suis sumptibus destruat, quæ sententia manifesto juris canonici textu comprobatur *c. final. extr. de nov. oper. nunt.*

XI.

Ad l. inquilino. 33. de dam. infect.

Damni infecti cautio actione, non officio judicis petitur.

Etsi in diversa abeant *Bartol, Accurs. & Dd. in d. l. inquilino. 33. h. t.* contra manifestissimã *d. l. inquilino 33. & l. 5. ne quid in loco publ.* sententiam; iis n. in locis de actione pro cautione interponenda, non de damno dato agi plus quàm manifestum est, & evidenter *d. l. 5.* probat, ubi JCtus ait, actionẽ dari, ut de noxa caveatur, si rivus per publicũ locũ ductus alicui nociturus sit, ex quo illud primo resultat, privato cui nociturus est rivus, actionẽ dari, deinde ad illud dari, ut de noxa, id est, dãno futuro caveatur, quod nisi per damni infecti cautionem fieri nequit: nec recipiẽda *Accursii*

doctrina, utcunque eam *cum Bartolo* nostri sequantur, ibi agi de restitutione seu de resarciendo damno dato, si enim de resarciẽdo ageretur, quorsum quæso cautione opus erat? annon restitutio damni petenda erat, non ut in textu dicatur, de noxa futura cautio? ita ut *Azo* optimè eum textum interpretatus sit, dum verbum NOCEBIT explicat, id est, nocere potest, aliàs non cautione, sed actione opus esset: opponitur *l. 5. de verb ob.* quę statuit, damni infecti stipulationem à mero Prætoris officio proficisci; verum considerandum est, non eo in loco quærere Jctum, quo jure vel quo remedio petatur, sed quo modo & quo jure expediatur, quæ planè diversa sunt. Cautio quidem damni infecti actione petitur, sed jurisdictione seu officio Prætoris expeditur, ut loquitur *Ulp. in l. qui bona. § quidam. de damn. infect.* utrumq; igitur verum est, & damni infecti actionem à Prætoris officio proficisci, sc. si magistratum spectes, & jure actionis, si jus partes. Illud observare convenit, in allegato textu nihil minus probari, quam officio judicis peti damni infecti cautionem. A Prætoris enim, non à judicis officio eam proficisci dicit, quæ duo inter se multum differre hac præsertim materia *ex d. l. 5. in princ.* manifestissimè constat, cum si illud discrimen tollas, Judiciales quoque & Prætorias stipulationes inter se confundi certum sit. *de quib. Cujac. Duar. ad d. l. 5.* Reliqua *ab Accursio & sequentibus* ad suæ sententiæ confirmationem adducta, nostra relatione indigna sunt, illud dignius, Unde hæc actio descendat? cui rei lucem prębet *d. l. 5. ne quid in loc. publ.* quę eam *ex l. 12. tabularum* descendere innuit, cui & illud notari par est, illud caput *in l. 12. tabular.* ut quis de damno infecto caveret, hoc modo vel circiter conceptum. *De damno quod factum non est, fieri tamen speratur, caveto.*

Ad materiam de donationibus.

XII.

Ad l 7. §. 4. de donation.

Qua ratione permittitur filiofam. consensu patris mortis causa donare?

d.

d.l.7.§.4.h.t. quia testari ne quidem parte permittente potest, *l.6.ff.qui testam.fac.poss.* in ratione diversi juris reddēda plusquam ineptiunt nostri; communis est, quod testamentum cum sit ultima voluntas, non potest ex alieno arbitrio pendere, donatio verò in alterius arbitrium conferri potest: Incidunt Dd. in vitiū illud, cujus JCtus prædones insimulat *in l.12.ff.de petit.hæred.* qui interrogati cur possideant, respondent, quia possidemus, hoc est, principium repetunt, faciuntq; rationem dicti eandem cum dicto, quæ summa vanitas est: quid enim si longius processerimus, & rationem rationis dictæ quæsiverimus? si edico, donari non potest, nisi id, quod ejus sit, qui donat. *l.9.in fin.h.t.l.14.C h.t.* filiusfam. a. nihil habet, quod donare potest: non profectitium peculium, quia non ad hoc ei conceditur ut perdat, *d. l. 7. in pr. h t.* non adventitium, quia patri usumfructum subvertere nequit. *l. 6.C.de bon.quæ lib.* per contrarium igitur si filio quid concesserimus, poterit & donare *l.7.§.item videamus.2.h. t.* quod fit si pater ei consentiat, utpote de cujus præjudicio agitur. *d. l.7. §. 2.h. t.* at in testando non ea consideratur ratio, sed ea, quia testamenti factio jure publico conceditur. *l 3 qui testam.fac.poss.* quod pater sua concessione evertere nequit. *§. 1. Inst. quib. non est permiss. l. 6. qui test.fac.* quod ut verissimum in specie istius adventitii peculii, cujus pater usumfructum non habet. *Nov.117.c.1.* videre est, quod ut maximè & proprietate & usufructu filii est, non tamen de eo testari poterit, *l.penult.C.qui test.fac.poss.(dixi disp.15.q.4.)* id tamen mortis causa donare posse mihi verius videtur, cum ratio ususfructus hoc in casu nulla haberi possit.

XIII.

Ad l.22.eod.

Eum qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis, pecuniæ usuras nō debere, summæ æquitatis est, cum in bonæfidei contractibus donationis species nō deputetur. *verba sunt Modestini in l. 22. h tit.* ratio hypothesi annexa in dubiū vocatur *ex l.Sej.ff.de mort.caus.don.* quæ innuit, judiciū, quo hæredes Lucii Titii contra Sejā experiuntur, bonæfidei esse, placet superior *Modestini* definitio: nec n. donatio cōtractuū numero associari potest, nisi vel per stipulationē, vel p contractū innomina-

minatum do ut facias, fiat (*Borchold. in tr. de pact. n. 14. c. 1.*) quæ ut causæ donationis, cum stricti juris sunt, non poterit nō donatio veluti effectus ejusdem juris censeri; nec movet *d. l. Seja.* quam explicare voluit *Cujac. 3. observat. 17.* sequuntur *Gilb. Regius ἐναντ. 28. Pac. 6. ἐναντ. 80.* mihi videtur illo textu apertè. idquod volumus confirmari, modo id primum obtinuerimus, nō rectè *Dorotheū, Cujac. Reg. Pac. & alios* ex eo textu collegisse, semper doli exceptionem oppositam bonæfidei judicium facere, 1. quia sic ex judicio & voluntate privati, non legis, dependeret contractum strictū vel bonæfidei facere, quod tamen, ut absurdū, rectè colliges ex §. *actionū, ibid. Wesenb. Inst. de action.* 2. quia contractus stricti juris & bonæfidei specificè differunt, & probant omnes *per d. §. actionum. Inst. de act. Cujac. 17. observat. 37.* hoc autem modo si per oppositionem exceptionis doli bonæfidei fierent non specificè, sed ex accidenti differrent, quod neque logicum neq; juridicū est, & absurdum hoc consequeretur, omnes stricti juris contractus in bonæfidei transmutari, quoniam in iis doli exceptio necessaria est, alioqui ex natura judicii, & ex lege contractus cōdemnari oporteret eū, qui tamen ex æquitate & bona fide nō condemnandus esset, ut scribit *Cic. in partit. orator.* ex nostris *Duar. ad l. 7. de pact. Ant, Fab 9. dec. 1.* quinimò ut judicium sit bonæfidei vel stricti juris, ex initio intentatæ actionis, & formulæ à Prætore præscriptæ dependet (*Duar. d. loc*) & per consequens ex post facto scilicet excipiendo fieri nequit, est enim exceptionis elidere & excludere actionem condemnationemq́ue, eamvè minuere, non a. mutare vel formā, vel formę qualitatem juxta exceptionis definitionem. *l. 2. l. 22. de except.* quod nominatim quoq; ad doli mali exceptionem refertur *l. 4. §. si quis autem. 29. & tot. tit. de dol. mal. & met. except.* causam opinioni huic dedit malus intellectus *d. l. Seja.* cujus post Dd. cū sanum dederit *Gæd. de contr. stip. c. 8. nu. 31.* omittimus, eo addito, quod superioribus addi debet, oppositionem bonæfidei contractus, cujus mentionem facit *d. l. Seja. vers. bonafidei autem.* satis in superiore casu actionem stricti juris institutam fuisse, arguit.

XIV.
Ad l. 27. eod.

Qui-

Quæritur, quænam sit ratio dubitandi in specie l. 27. de donat?

Attilius vel Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratû Præceptorem (Sic enim legendum sequentia argumento sunt infallibili, non Prætorem *Alciat. 2. parerg. 49*) ita scripsit: Quoniam & cum patre meo semper fuisti, & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoq; uti, quæritur, num defuncto Regulo possint hæredes ejus habitationem prohibere; ratio dubitandi oritur *ex l. Lucini 32. cod.* quę in eadem specie, concessæ sc. habitationis, illud affirmat: facit quod hoc in casu precariò concessa videatur habitatio, si enim donationem habitationis intellexerimus, frustra necè de revocatione ejus quærimus, cum ea utpote perfecta fieri nequeat. *l. 18. h. t.* constat autem precarium posse ab hæredibus revocari, quia ad eos transit *l. 8. §. quod à Titio. l. 12. in fin ff. de precar.* juncta ratione *l. in princ. de precar.* (*Covarr. 3. solut. 15.*) contrarium tamen decidit Papinian. non quod superiora non admittat, sed ex eo suæ opinionis rationem desumens, quia non mera donatio est, verum officii à Nicostrato præstiti quædam remuneratio. Si remuneratio & quasi solutio erit. *l. 10. §. si domini. ff. de in rem vers.* aut permutatio *l. sed & si lege §. consuluit. ff. de petit. hæred.* (*Cuj. 17. observ. 33.*) remunerationis argumentum colligitur ex epistola ad Nicostratum emissa, *quia me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, h. e. ut Senec. 6. de benefic. 16. ait*, quia quæ scivisti, non malignè dispensasti, quo diutius esses necessarius, sed cupivisti, si potuisses, omnia transfundere (*Petr. Faber. ad l. 176 §. infinita. de Reg. jur.* non igitur eam restrictè, sed latè accipi & interpretari optimus Papin. putavit, nec hæredum Reguli arbitrio, sed vitæ Nicostrati spatio concludi; quod si igitur expulsus à grati discipuli ingratis hæredibus Nicostratus veniat ad judicem: ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, qui usum cœnaculi accepit.

XV.

Donatio inofficiosa non in solidum, sed ratione saltem legitimæ portionis rescinditur.

1. Quia *in l.4.C.de inoff.donat.* statuitur, quod pingui[illegible] succurratur per restitutionem in integrum, quàm per que[illegible] inofficiosæ donationis, at qua ratione illud fiet? non sanè [illegible] quàm quod per restitutionem in integrum res in eum re[illegible] statum, in quo antea fuit *l. quod si minor. §. restitutio. ff. de mi[illegible]* *C. de sent pass.* consequens ei igitur non illud per querela[illegible] 2. quia quantum ad submovendam inofficiosi testame[illegible] relam relinqui necesse est, tantum etiam detrahetur ex [illegible]cis donationibus per querelam inofficiosæ donationis, [illegible] est *l.5.C.eod.* nunc autem cuivis constat, quartam legi[illegible]cludere inofficiosi testamenti querelam, ergò & eadem [illegible] excludet querelam inofficiosæ donationis. 3. quod im[illegible] gestum revocabitur, *inquit l.7. C. eod.* at immoderatè ge[illegible]tem intelligitur, quatenus legitima salva non manet *No[illegible]* *c.1.* ea enim si salva sit, non poterit queri, *l.6.C.h.t.4.* Evid[illegible]lud confirmat *l.8. ibi: pro ratione quartæ ad instar inofficiosi t[illegible]* *convicti diminuetur. C. eod.* Præcipuum argumentum *Ant. Fab[illegible]* *ject.17.* est, quod inofficiosæ donationis querela sit ad ex[illegible] querelæ inofficiosi testamenti recepta *l ult. C. eod.* Atqui [illegible]relæ inofficiosi sic comparatū est, ut qui egit, & obtinuit, [illegible] testamento, non Falcidiam duntaxat, quam vulgò legitim[illegible]cant, sed universalem hæreditatem consequatur, si forte [illegible] sit, aut si alius æque proximus adsit; eam saltem portion[illegible] ab intestato eum contingit. *l. mater. 19. & pass de inoff. testam.* [illegible] ergò in querela inofficiosæ donationis obtinere dicendu[illegible] ut pro ea parte rescindatur, quam ab intestato haberet i[illegible]jus fraudē facta est, si donatio facta non esset. R. in plurim[illegible]que querelam comparari. in multis rursum differre, de quibus *Gloss. ad d.l ult. C.h.t.* inter differentias utriusq; hæc vel pr[illegible] est, quam *Faber* non admittit: nos certissima juris ratione [illegible]gnamus; qui enim querelā inofficiosi testamenti prop[illegible]rit, se iniquè exheredatum aut præteritum, adeoq; totu[illegible]mentum cujusdam impietatis incusat, quod & individua testamenti natura efflagitat, cum constet, illud pro parte valere, & pro parte non valere haud posse. *§. hereditas. Inst. de hered. inst.* At in donatione longè aliter sese res habet, ea enim utpotè co[illegible]ctus vel actus inter vivos nullo repugnante facilè pro par[illegible]

rusce

fuere poterit; ut sic donatarius gaudeat liberalitate donantis, liberique legitima portione fruantur. Opponit insuper *Faber l. Titia. 87. §. Imperator. de legat. 2.* ad quam (*inquit*) fatentur omnes planè nescire se, quid commodè responderi possit, explicavit eam *Cuj. 5. obs. 14 l. l. 16. de jur. patr.*

XVI.

Ad l. 35. C. h. t.

Donatio omnium bonorum valida est.

1. Quia in specie *l. 5. C. de inoff. donat.* omnium bonorum donatio proponitur, & quidem valida, sed ex accidenti natis filiis vel nepotibus saltem ratione quartæ rescinditur, quibus nō natis argumento evidenti nulla ex parte rescinderetur, similes argumentationes suppeditant pleræq; leges *sub. d. t. C. de inoff donat. sc. l. 1. 2. 3 4. & 8.* alterum argumentum desumo *ex l. 19. & l. 49. l. 50. de re judic. l. Divus Pius 28. l. in condemnatione. de R. J.* quibus locis donatorem non ultra id, quod facere potest, conveniendum esse dicitur: consequitur ergò omnium bonorum donatio sit valida, eo enim non posito, quomodo ex liberalitate sua inops periclitabitur? cum ne per leges id ei quidem liceret, quod nugatorium est, imò hoc posito tum vel maximè periclitabitur: Efficax est ergò omnium bonorum donatio, probat & id verbis claris *d. l. 35. §. sed & si quis C. de don. & aliis V aud. 1. q. 31 Coras. 6. misc. 17.* & leve est, quod nostros in transversum rapuit, privatio liberæ voluntatis ultimæ, quippe quos falso ex fundamento omnibus eam præcisè affingere constat, libera enim cum ea voluntas sit, consequens est & liberè pro libitu omittere eam licere, nec facilè tam erit donator avidus hujus, ut non malit ea sine quam nudum sive re nomen relinquere, quam tamen si avidius quis affectet, habere poterit hæreditatem, cum ea sine ullo corpore juris intellectum habeat. *l. hæreditas. 50. de pet. hær.* quæ tamen expectantem hæredem minimè oblectabit, sed sub persona hæredis verum commovebit luctum, pessimi præsumunt, pessimè donatarium mortem donantis ex nimia hac donatione affectare; quos merito probiorum damnat sincerior affectus, maximè illis ipsis attestantibus, unumquemque natura bonum præsumi (juridicè) donec de contrario probetur: quod si probaverint, mulctabimus hunc donatarium donatione omnimodè. *l. ult. C. de revoc.*

don. & cessat hæc præsumtio, cum res donata traditur, [illegible] nec ipsi, nisi bis pueri, negabunt, ut nec eo casu, si ulla [illegible] ditione promissa sit, cum puræ obligationi [illegible] prompt [illegible] rio, illa autem adjecta propter accretionem bonorum [illegible] enim quisque industrius censetur. *arg. l. 25. de probat.* quam [illegible] tissimè donantem superesse sperabit donatarius.

XVII.

Ad l si unquam. 8. C. de Revoc. donat.

Constitutio l. si unquam. C. de Revoc. donat. pertinet saltem ad patronum.

Affirmant communiter, mori eo præcipuè, quod con[illegible] tionis ejus ratio æquè in omnibus donatoribus valet, [illegible] conjectura pietatis, quia verosimile est, neminem extra[illegible] naturum fuisse; si de liberis postea natis cogitasset. *l. cum [illegible] condit. & demonstr. l. 6. §. cum autem C. de inst. & sub.* quæ ratio [illegible] tanti apud me valet, ut contra juris rationem eam [illegible] lim, cum nec satis logica sit, quod hîc attendendum vel [illegible] contendo. In novo jure constituendo evidens esse u[illegible] bet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est, [illegible] *Ulpian. l. 2 de const. princ.* quæ in casu nostro evidentissim[illegible] enim jure nonnulli donatori lic[illegible] b[illegible]t propter agitat[illegible] ros donationem revocare, quod mox probabo, ti d[illegible] æquitate d. constitutionis primum dixero: nam & ad [illegible] falsitatem superioris rationis facit, quis enim inæstim[illegible] tatis beneficium liberto à patrono coll[illegible]tum negat? q[illegible] propt[illegible] ridem maxima quæq; ipsum patrono debere c[illegible] tur? *l. generaliter ff. de in jus voc. l. antepen. ff. de obseq. parent.* [illegible] *attinet de R. J.* jure Rom[illegible] & m[illegible]oribu[illegible] antiquis [illegible] tus in servitutem redactus fuit, formul[illegible] Prætoris [illegible] *Max. 2. c. 1.* Sup[illegible] ercle decore habere civem tanti muneris im[illegible] matorem, nec adduci possum, ut credam u[illegible] ilem, q[illegible] mi [illegible] cerno, abi ergò, & esto servus, qui liber esse [illegible] at nonne hæc ingratitudo summa si libertus patroni bon[illegible] ciens patiatur per summam egestatem ejus liberos perir[illegible], ut [illegible] hæc ratio summè hanc constit. suaserit, quæ tamen in cæteris [illegible]

ob-

obtinet, utpotè adversus quos nec ingrati actio prodita fuit, propterea (*quod ut Cicero ait*) nulla fora, nulli recuperatores his sufecturi fuissent: in Doctorum itaq; ratiocinatione committitur fallacia non causæ ut causæ. Nunc probo quod superius pollicitus sum, quod & evidenter hanc novi juris constitutionem esse ostendit, Jure nostro si parens facultates suas per donationes vacuas fecerit, postea natis liberis datur saltem querela inofficiosæ donationis ad obtinendam quartam *l. 1.2.3.5.6.C.de inoff.don.* (*ut dixi sup.q.15.& aliis*) nec in totum ea rescinditur, unde nunc altera probatio oritur & manifestissimè *d.l.si unquam.* specialitatis ratio demonstratur, si à parente facta fuerit donatio non tamen inofficiosa, nullo juris remedio rescinditur. *d.l. 1.2.3. & seq. C.de inoff.donat.* at in specie *d.l.si unquam*, etiamsi pars aliqua substantiæ donatoris donata fuit, nihilominus revocatur, quod ut firmissimum novi juris fundamentum notamus, quinimò jure nostro satis benè provisum est, ob solam ingratitudinem donationem revocari. *§.sciendum.Inst.de donat.l final. C.de revocand. donat.* in supervenientia autem liberorum nulla est ingratitudo, quin gratitudo potius, cum in eos ut rivulos sua cum voluptate derivare munificentiam cernet non invidus donator: adde si propter liberos donationem revocari dixerimus, nos contra donationis naturam puræ & simplici donationi conditionem affingere. *l.1.§.1.de donat l.35.§.sed mortis.de donat.caus.mort.* & quid mul is in dubio id quemq; velle, quod verbis expressit, præsumimus: verba enim inventa sunt ad cogitationes hominum in alterius notitiam deducendas. *c. is d.23.q.2.l.Labeo circ.fin.de supell.legat.* Lingua enim imperator est cordium, ut inquit Baldus *in c. mandatum extr.de rescript.Tiber.Decian. vol.3.resp.104.n.56.* verba autem *d.l.si unquam.* loquuntur saltem de Liberto: nec valet Dd. responsio, leges in Codice ad speciem facti accommodatas generaliter intelligendas nihilominus esse, quia ut rectè *Faber.7.conject.14.* animadvertit, non obtinet in iis constitutionibus, quæ ad Præfectos Prætorio scribuntur; Cætera quæ pro confirmatione hujus sententiæ facere videntur, haben: *Conan.1.comm.c.10. Hotom.& Donell.ad l si unquam Fab.d.c.14.15.* opponuntur *l cum talem 72.§.1.de condit.& demonstr.l 1.C.de revocand.donat.l.3. C. de donat.* de quibus omnibus vide *Francisc.Hottom.in amicabil. resp.12.*

DISPUTATIO VIGESIMA.

Quam,

Publicè in Auditorio JCtorum defendet

M. JOHANNES PAULUS CRUSIUS

Argentoratensis.

THESIS I.

Ad l.3. de adquir. rer. domin.

Urene licito occuparint venationem Principes?

Graviter hac de re disquiritur apud n[illegible] *videre licet ex Roland. à Vall. 2. cons. 9. Covarr. in c. peccatum. p.* [illegible] *R. § n. 6. Zoan. in l. 2. n. 145. & seqq. C. de pact. int. empt. & vendit* [illegible] *obs. 98. Wes. in par. h. t. n. 7. Hagio quaestio 15. Fach. 1. contr. 1. Pruc*[illegible] *tract. de regal. § venatio*; negantium fundamenta hæc & [illegible] sunt. 1. quia iis, quæ meræ facultatis sunt, præscribi nequit *l. 2.* [illegible] *via publ. Wes. cons. 2. n. 94 cum seq. Gail. 2. observ. 18. n. 4.* Venari autem meræ facultatis est, h. e in arbitrio cujuscunq; est, velitne v[illegible] nec ne, *ut colligitur ex Roland. à Vall. d. cons. 9 n. 17. Tib. Decian. 2. cons. 13. n. 47.* 2. quia ea, quæ juris gentium sunt, à principe tolli nequeunt: nam respectu ejus juris consideratur non ut princeps, [illegible] ut alius quivis privatus. *arg. l. 3. C. de test. l. ex imperfecto ff. de legat. 3.* ut *Bald* rectè dixerit, licet Deus subjecerit leges Princip[illegible] tamen ea quæ sunt juris gentium: & expressè in casu nostro voluit *Decius cons. 197. Roland d. loco.* Venatio autem est juris gentium *d. l. 3. h. t. § fere Inst. de rer divis.* nam *ut Cic. 2. de nat. deor dixit*: Terrenorum commodorum naturalis est in homine dominatus, [illegible] campis (*ait*) nos montibus fruimus; nostri sunt amnes, nostri lacus, nos fruges serimus, nos arbores, nos aquarum in-

inductionibus tertis fœcunditatem damus &c. 3. quod tantò magis dicendum, quia usus venationis, & voce divina hominibus concessus est. Faciamus hominem (*inquit summus ille Creator*) ad similitudinem & imaginem nostram, & præsit piscibus maris, & volatilibus cœli, & bestiis universis. *Genes. c. 1.* Animalia ad usum hominis (*ait Lactant. c. 13. de ira Dei*) à Deo facta sunt, partim ad cibos, partim ad vestitū, partim ad operis auxilia, ut clarum sit, divinam providentiam rerum, & copiarum abundantia, hominum vitam instruere, atq; ornare voluisse: ob eamq; causam, & aërem volucribus, & mare piscibus, & terram quadrupedibus implevit. 4. confirmat *l. injuriarum. §. pen ff. de injur.* Sæpissimè (*habet textus*) rescriptum est, quem nō posse prohibere accupari. AFFIRMAMTIUM econtra argumenta hæc sunt. 1. Venatio velut belli meditatio est. Immanes (*inquit Cic. 2. de nat. deor.*) & feras belluas nanciscimur venando, ut & vescamur his, & exerceamur in venando ad similitudinem bellicæ disciplinæ, &c. Belli autem omnis ansa, omnisq; meditatio præcidenda est privatis, ne alioquin ferocientes mutuis postea concidant telis, atq; ideò summis olim viris & ducibus convenire venatio judicabatur, & nequicquam servilibus officiis aggreganda. *Symmach. 5. epist. 66. Hagius d. q. 15. n. 3.* eorum quippe, ut proprium, belli artes callere, & quibus modis à finibus hostes repellendi, *pulchrum arg. procemii Inst.* ita & illis solis ea meritò sunt concedenda, quibus ea cognitio instruitur, ac confirmatur, & hac ratione motos puto Impp. quod armorum usum privatis interdixerint. *l. un. C. ut armor. usus & c. c. 1. § si quis rusticus de pac. tenend.* Deinde, quid magis cōmune est quàm aer? Nec Solem proprium natura, nec aëra fecit. *cecinit 6. Metamorph. Ovid.* attamen prohiberi quis potest, ne eum malis odoribus inficiat. *l. unic. ff. de via publ.* littorum & fluminum usum communem esse quis nescit? iis tamen aliquis arceri poterit, si quoquo modo illorum usus deterior futurus esset. *l. littora. ne quid in loc publ.* sic & casu nostro, ut maximè venatio omnium cōmunis fuerit, cur non & ejus usus privatis ex rationabili causa interdici possit? prima nunc superius exposita est: altera est cura servandarū specierum in animantibus, ne si omniū libidini promiscuè pateret, singuli multis necessarus carere necesse haberet: tertia est, ne si hoc exercitiū rustici aliiq; à reb. agendis abducti

per

per otium torpescerent, cum tamen publicè intersit ... agricultura rusticos non abduci. *Auth. agricultores C. quae res pign. ... poni.* ut enim natus infans (*Vitr. 2. de archbuect. teste*) sine ... ... non potest ali, neque ad vitæ crescentis gradus perduci, sic civitas sine agris, & eorum fructibus in mœnibus affluentibus non potest crescere, nec sine abundantia cibi frequentiam habere, quinimò cum privatis concedatur prohibere alios ... ... dos ipsorum ingrediantur. §. *fera. Inst. de rer. divis.* cur non ... multò magis concedendum Principibus, cum ipsi sylvarum domini sint: atq; hanc opinionem affirmativam æquitati ..., & omni jure tàm divino, quàm humano verissimam puto.

II.

Ad l. 7. §. insula 3. eod.

Insula in flumine nata communis est eorum, qui propè ripam prædia possident.

d. l. 7. §. 3. h. t. insula. Inst. de rer. divis. ut enim accidentia subjectis cedant, naturale est. *l. 23. § sed & id. ff. rei vindicat.* ... firmat *Cajus 2. Inst. 1.* regulariter (*inquit*) constitutum est, ut superposita inferioribus cedant. Alvei autem accidens, ... pars est insula, utpote cum eo cohærens, ut vel nunc ex ... *quæ de tota 76. ff. de rei vindic.* privati juris esse dicendum ... *1. h. t.* ubi alveum ejus juris esse, cujus & flumen, i. e. publici. Cajus docet. Verum id ex sententia Celsi sibi accipiendum, quandiu populus eo utitur. *d. l. 30. §. 1. h. t.* & ut explicatus dicam, quamdiu alveus dici poterit, cum sit ejus stratum & alveus, ... respectu ejus quod fuit, etiamnum dici possit: atqui ... *nult § fin. h. t.* argumento ex consequentibus ducto ...: Quod in publico natum aut ædificatum est, publicum ... insula autem in publico nata est. Ergò & publica esse ... qui argumentum concedant ratione usus, non propr... (... *jac. 14. observ. 11 in fin. Robert. 1 recept. lection. 11.*) quod ... non tollit: nam necessum concedant simili ratione ... ta saltem ratione usus publica esse, cum tamen ... inædificata solo cedere, ejusdemque juris cum solo reputari

d.l.7.§.cum in suo.10.h.t. Nec illam distinctionem foret *d.l.pen.§.si qua insula.1. h.t.* quod putavit *Cujac.* quam non interpretor de nata insula in fluminis alveo, sed de ea, quam in formam insulæ ex ejus agro redegit flumen *juxta §.insula 22.in fin.Inst.de rer.divis.* in qua nihil publici putavit Labeo, reprehēsus à paulo, cōcedēte eundem usum ejus insulæ, quem vicinorum fundorum domini navigantibus concedere coguntur *l.penult.in fin.de flumin.* flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicū addicant, & ex publico in privatum *l.30.§.alluvio.3 h.t.* quam interpretationem evincit, *d.l.pen.§.sequens 2*, qui aliàs eundem cum præcedenti casum contineret, & quid evidentius? continentis agri mentio, nescio quam disjunctionem & disruptionem vi fluminis factam indicat, *in d.§.1.l pen.* quinimo & hoc intuitu insula in flumine nata usum publicum præstare debet, non tota; quid enim emolumenti præstaret ejus proprietas semper abscedente usufructu, sed juxta definitionem *l.pen.de flum.* ergò superiori argumento per concessionē respondemus, sed non ex eo, id quod volumus, destruitur, quia insula in alveo nata, non in publico nascitur, sed in privato *l.30.h t.* Si ergò quæ insula in publico nascatur, ut si propè ripam prædia habeat popul. Romanus, publica erit, vel si quæ virgultis aut alia qualibet levi materia sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat, atque ipsa moveatur, & hæc publica erit, atque ipsius fluminis est insula, *ut inquit Paul. d.l.pen.§.2.* hoc est, cjus est, cujus & flumen est.

III.

Ad l.7.§.sed etsi qui h.t.

Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totū corpus efficit, *inquit JCt.in d.l.7.§.8.* Quæritur, si sine voluntate dominorum casu confusæ sint, idem dicendū sit? Affirmat *in § sequenti.* idem JCtus, & post eum Justinian. *in §.si duorum 28.Inst.de rer.divis.* atque hanc communionem suadet necessitas: nam cum materię confusæ ad pristinam causam reduci nequeant, ne alter cum alterius jactura locupletetur, omninò cōmunicari necessè fuit: quibus non obstantibus putat D. *Hottom. 2.observ. 21.* tàm JCto, quàm Justiniano negationem deesse. 1. quia *Theophil.in not.* legit ὀ τῷ αὐτῷ &c. quod si vera vulgata lectio

fuisset, commutandum esset τῷ τὸ αὐτὸ. 2 quia societas non est ... ne consensu: in dictis autem textibus nullus est consensus ... enim fortuito materias cōmixtas esse proponimus ... juris esse nequit hoc in casu, quod in superiore. Verum ... phili dissentiētis authoritas non tanta est, ut ejus ... tot seculis lectione recedamus, sic nec ratio Hottomanni ... ponderis est, ut nos à proposito dimoveat: Fallitur enim, ... inter communionem & societatem non distinguat. ... communio utique non est sine consensu, qua nihil ... frequentius, prout in cohæredibus usu venit. *l. quibus* ... *soc* & collegatariis videre est. *l. 2. commun. divid.* rerum ... ventus sine consensu expresso eam introducit, quin ... *d. l. 7. §. 9.* alia ratione *Hottomannum* refutat; posita enim ... *Hottomanni* IDEM JURIS NON EST, in præcedenti §. dixer... communionem fieri, si voluntate dominorum materiæ ... xtæ sunt. *Sed etsi sine voluntate & c. idem juris est*, hîc si legas, *idem juris non est* obstat cum superioribus facta connexio. *Sed etsi* ... *luntate, &c.* quæ semper idem importat.

IV.

Ad l. 7. §. ex diverso 12. eod.

Qui in alieno solo sciens ædificat, ne quidem diruto ædificio materiæ vindicationem habet.

d. l. 7. §. ex diverso 12. h. t. sua n. voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur, inquit JCtus *d. §. ex diverso*, quæ tamē à parte petētis vel maximè requiritur *l. 23. in pr. ff. de rei vindic.* nec ... cōdictionē indebiti habet: donare n. potiᵘˢ, quā in debitū ... intelligendus est *l. qui fundum. 7. §. servus meus ff pro emptor* ... regula nostrorū. Cujus per errorē dati repetitio est, ejus ... dati donatio est. *l. cujus per errorem. 53. de Reg. jur.* nec quoq; negotiorum gestorū actionē habebit, nā cum ædificiū in area ... alio positū dominus occupat, nullū negotium contrahit ... am rem dominus habere incipit. *l. si in area 33. de condict. indeb.* & latius tradit *Henric. de Pyro ad §. cū in suo solo Inst. de rer. divis.* Opponitur

nitur *l. 2. C. de rei vind.* quæ vult materiam, sive bona fide sive mala ędificium exstructum est, ad priorem dominum reverti, sed animadvertendum est, non id eo loci dici, malæfidei possessorem materiæ vindicationem habere, de quo nos quærimus, sed priorem dominū, ex cujus materia extruxit malæfidei possessor, rectè materiam petere, quod & nos concedimus, cum noti juris sit, non posse cuiquam rerum suarum dominium auferri invito, quo nomine pluribus actionibus domino materiæ contra hunc ædificatorem succursum est, notant *Glossa, Henricus de Pyro, & Dd. ad d. §. cum in suo solo*, quibus si uti nolit, poterit dominus materiæ eventum ruinæ ædium exspectare & sic materiam vindicare, ratio hujus rei est *in d. l. 2.* quia non donandi animo hoc in casu ædificium exstructum est: particulam enim SI pro QUIA interpretor, ut accipitur *in l. 48. §. ult. de Jur fisc. l. 4. ff. de novat l. 34. §. 1. ibid. notat. Jas. de legat. 1. cum similibus.* donari enim saltem res propriæ possunt, non alienæ *l. 9. § final de donat. l. 20. h. tit.*

V.

Ad l. 31. §. 1. h. t.

Cui acquiritur thesaurus inventus?

Quod una definitione explicare nequit, licet eā ꝓponat Jctus *in d l. 31. § 1. h. t.* nam & contra illā nunc disputabimus Paulus ex naturali jure ratiocinatur, quod inventori id tribuit, quòd antea nullius in bonis fuit *l. 3. in pr h. t.* quod & nos accipimus, & per retorsionem à contrario, id nulli tribuimus, quod nunc alicujus in dominio est. Thesaurus autem reconditus in Principis dominio videtur, quia pecuniam quis sepelire Principalibus Constitutionibus prohibetur. *l. 4. §. pen. ff. ad l. Jul. Pecul.* quæ ne clusoriæ fiant, in commissum ea cadet simulque fisco jus acquisitum censebitur, quod confirmat *l. 3. §. Neratius. 3. de adquir. vel amit. poss.* sed etsi sciat (*inquit Jctus*) non capiet longa possessione, *Quia scit alienum esse*, Principis scilicet, quamvis in eo textu *Cuar. Cu. ac & alii* impropriè Thesaurum accipiant, pro eo, qui nuper defossus est, quod proprietati vocabuli Thesauri refragatur. *d. l. 31. § h. t.* à quo non recedimus, nisi ob magnā rationē, nec insolens superior est expositio. Sed ab hoc jure optimus Hadrianus, qui dicere solitus est (*si quid Spartiano credimus*) se ita

Rempubl gestutum, ut sciret populi rem esse, non pro[illegible], recessit motus illa naturali æquitate, de qua dixit *Paul.* [illegible] *Justinian. in §. Thesauros. Inst. de rer. divis.* à qua an rece[illegible] Martian. *d. l. 4.* dicemus, qui non ita diu post Had[illegible], sub Antonio Pio nimirum vixit? pependit res omnis *T[illegible]. observ. 37.*) ex arbitrio Impp. Antoninus Philosoph[illegible] divi fratres aliquid de ea constituerunt. *l. 3. §. pen. d[illegible]* quos & Alexander, qui repertori Thesauros donavit, [illegible] essent, addidit his eos, quos habebat in officiis, *autore* [illegible] antè hos omnes *Coccejus Nerva*, ad quem cum Herode[illegible] referret, se Thesaurũ invenisse, rescripsit, licere invent[illegible] vel abuti. Hodie ex Justiniani cõstitutione utimur h[illegible] certo, credo factum omni jure *in d. l. 4.* improbari, pro[illegible] nem *l. 1. & qua notantur ibi de usu numm. ff. de contrab.* [illegible] pter eundem pecuniæ necessarium usum repertor ho[illegible] buit. Jus ergo de Thesauris, hoc est, quos quis in suo lo[illegible] nerit, sibi retinet, idq; propter dictam naturalem ę qui[illegible] enim hic ulla cupiditas eripiendi, per quam nullus se d[illegible] ingemiscat amisisse, *ut alibi ait Caßiodor.* Idem observa[illegible], si quis in sacro aut religioso loco aliquid invenerit. *d. §.* [illegible] cum quo pugnare creditur *d. l. 3. § pen. de jur. fisc.* etsi for[illegible] peratorũ rescriptis hæc contraria dici probabiliter poss[illegible] quia nunc õnia Justinianus sic nobis reliquit quasi à [illegible] illos sequi anim⁹ inclinat, qui *d. l. 3. §. penul.* exaudiunt [illegible] ligiosis publicis, quod & antecedentia & consequentia [illegible] manæ, & Romanis privata & publica sacra fuisse probat [illegible] *ff. ad L. Jul. peculat.* nec obstat loci religio, nam *ut Caßiod.* [illegible] ficia tegant cineres, colũnæ vel marmora ornent sepulchr[illegible] ta nõ teneant, qui vivẽdi cõmercia reliquerũt. Imò cu[illegible] est, inutiliter abditis relinquere mortuorum, unde se vita [illegible] tare potest viventium. De locis alienis aperta est do[illegible] *Thesaur.* modo fortuitu invenerit: ratio est, *in l. unic. C. de Thesaur.*

VI.

Ad titulum de adquir. possess. l. 1.

Possessio est affectu domini rei detent[illegible].

Cujus

Cujus definitionis verba singula percurremus, si primùm consideraverimus vocabulum possessionis πολύσημον esse, de quo videndus *Borch.de adq.poss.c.1.* nos hîc de ea possessione quærimus, quæ detentionem seu insistentiam rei denotat *l.1.h t.* quæ à sedibus appellata est, quasi sedium positio. *d.l.1 in princ.h.t.* (*Alciat.1.disput.1.Don 5.comm.6.*) quam etiam definivimus, & quidem *Detentionis* vocabulum generis loco ponimus. Dissentiente licet *Vaud.1.variar.q.3.* qui putat, non esse generalius tenendi vel detinendi vocabulum, quam possessionis. MALE, quia possessio animo & corpore acquiritur, non altero solo. *l.3. in pr.l.h.8.tit.* quod autem corpore meo eo animo acquiro, ut possideam, id detinere me oportet: quia corpore non possum incumbere possessioni nisi rem detineam. *l.1.§.1.h tit.l.1.§.Scævola ff.si is qui testam.liber esse juss* (*Borch.d.c.1.n.9.*) neque omnis qui detentor est, protinus etjam rei possessor est: qui enim in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt: possidere autem non possunt. *l.possessio quoque 49.§.1.h.t.* quòd ergò generis proprium est, sub se plures continere species hoc detentio præstat. Facescat & ex his error communis. POSSESSIONEM SIMPLICITER jus ESSE. 1. Per *l.1.§.si vir uxori h.t.* rationem reddens JCtus, quare transferatur possessio rei donatæ, constante matrimonio: quia (*inquit*) res facti infirmari jure civili non potest: infirmat ergò jus donationem; non infirmat possessionem, quæ facti est. 2. quia hæreditati ideò furtum possessionis fieri non potest, quod possessionem hæreditas non habeat, quæ facti est & animi *l.1.§.Scævola ff.si quis test.lib esse juss.* 3. Postliminium amissa jura restituit. *§.si ab hostibus Inst.quib.mod.jus patr.pot.&c.* Possessionem autem non restituit. Consequitur ergò juris non esse, quæ etiam ratio nominatim addditur *in l.denique 19.Ex quibus caus.major.* possessio (*inquit*) plurimum facti habet. Causa verò facti non continetur postliminio. 4. Si possessio jus est, transfundetur & ea in hæredem: nã quæ sunt juris, in hæredem transeunt. *d.l.1.§. Scævola.l hæres in omne.37.de adquir.hered.* verum possessio sine nova apprehensione ad defunctum non transfertur. *l.cum heredes.23.ff.h.t.* 5. Si possessio jus est, nulla erit malæfidei possessio, quia ea contra jus est. *l.si quis 17.ff.h.t.* falsum autem illud docebit *Thesis 7.* Ergò & hoc. Opponuntur à nostris nõnulli loci, in quibus possessio juris esse

dicitur, *in l. peregrè 44.* ibi: jus possessionis. *ff. h. t. l. nemo C. h. t.* [illegible] *ideò C. de lib. causa* nonnulli ut hæc concilient, dicunt possessionem, dum fit, facti esse: ubi facta est, juris esse: quod ineptum est, quia nulla est possessio, quæ facta sit, non n. est possessio aliqua, nisi dum acquiritur, dum retinetur, dũ amittitur, acquisita nihil est, nam non est possessio, sed durat per retentionem, donec amittatur (*Ferret. ad l. 1. n. 9. h. t.*) quinimò si juris sit, erit & malæ fidei possessio juris, quod ridiculum. *d. l. 17 h. t.* utcunq; in concursu partium potius jus possessorem defendat *l. 2. ff. uti possid. l. fin. h. t.* ex quo nũc superiorum intellectus oritur. Possessio omnis facti est, neq; ulla dari potest, quæ non factum ejus, qui possessionem acquirere desiderat. *l. 3. h. t.* quod & omni possessioni commune est, sive ea naturalis, sive civilis sit, at nõ pariter ea etiam juris est, qui bona fide acquirit possessionem, ut si dominus rem ei vendat, vel non dominus rẽ alterius, facti & juris possessionem habet, nã priore casu approbat ita jus ejus possessionem, propter cõsensũ domini rem suam in alium transferre volentis; ut per eam & dominium acquirat. *l. 1. §. 1 h. tit.* posteriore; ut per eam usucapiendi conditionem consequatur. Si autem mala fide possessionem acquirit, possidet quidem, sed injustè possidet, adeoque juri inimica ea est possessio, ut hic dici quidem possit, facti possessionem habere, at non juris, nisi κατά τι. quia & eum in concursu partium jus defendit. *l. fin. h. t. l. 2. ff. uti possid.* cujus intuitu & legitima dicitur *in l. nemo 10. C. h. t.* Additur in definitione *vocabulũ rei*, quod latissimum est *l. 5. de V. S.* verum ut ex adjectione generis, & vocabuli *Detentionis* apparet possideri saltem poterunt corporales res, quia illæ saltem detentionem admittant. *l. 3. in pr. h. t.* nec refert an mobiles, vel immobiles sint. *l. 1. §. ult. de furt. l. si rem mobilem 7. l. 1. §. per servum. h. t.* addunt alii *Rei vacuæ*, quod supervacuum judico quia dũ possessio dicitur detentio satis innuitur rem vacuam esse debere, aliàs n. duos in solidũ possessores admitteremus *l. 3. §. 5. h. t.* Sequitur in definitione; *Affectu domini*; quę verba multi rejiciunt, quia solus civilis possessor hũc affectum & animũ domini habet, *Male* nam *ut Cont. 1. disp. 9. ait*, licet malæ fidei possessor rem sciat alienam esse, nihilominus se pro domino gerit & affectum habet rẽ retinendi, vel *ut Don. d. c. 6. dicit*, hoc cõspectat, ut declaretur, sive quis ita rem accipiat, ut se dominum fieri putet, ut bo-

næ-

næ fidei possessor: sive hoc animo est, ut velit se dominum esse, aut se pro domino gerat, quamvis nulla ex causa, aut ex injusta rem teneat, *exempli causa*, mulier rem donatam à marito tenens verè & absolutè possidet. *l.1.§ si vir.h.tit.* quam tamen constat jure civili non possidere. *l.1.& 2.de don.int.vir* & hoc est, quod dicitur *in l.3.§.ex contrario h.t.* in summa possessionis non multum interesse justè quis an injustè possideat: in summa possessionis, hoc est, in genere ipso possidendi; nihil autem interest, quia ambo ex æquo possident, tametsi dissimili juris effectu.

VII.

Possessio alia civilis, alia naturalis est.

Multi committuntur circa hanc divisionem errores: primus eorum est, qui planè eam ex legibus negant, *secuti Azonem*: quâvis illi ipsi, novis definitionibus factis, vix inter se conveniant, ut sic per summam vanitatem nolêtes fateri cogantur, possessionẽ naturalẽ à civili specie differre, alias n. una definitione facilè eas comprehendissent: *Zasius* ex eorum nu. id exemplo declarat. In nive *ait*, albedo est & frigus, quæ sunt diversæ qualitates intrinsecæ, diversæ operationis: est tamen una nix quoad substantiã nã albedo nivis facit cœcutire, sed frigus horrere, & hinc ita argumentatur *Zas.* Diversitas effectuum, nõ arguit diversitatẽ specierum. Sed naturalis possessio & civilis diversos saltem effectus pariunt, nõ igitur specie differunt. 2. Opp. *Zas.* Si possessio civilis & naturalis sunt diversæ species, una sublata, nõ tollitur altera: sublato n. homine, non etiam tollitur bos. Possessione autẽ civili sublata, tollitur naturalis *l.3.§.in amittenda h.t.* non igitur specie inter se differunt, ut in priore, sic & in hoc argumẽto committit ignorationem elenchi, quod logicis summum est vitium, quando videlicet ad idem referuntur, quæ diverso modo spectare oporter, *ut pòst dicemus.* 3. Quatuor alias objectiones refert *Ferret. ad d. l.1. in pr. num.3. seqq. h. tit.* quarum hæc præcipua est, quam suppeditat *l.3.§.genera.h.tit* in qua JCtus dicit, unum esse genus possidendi. Ergo saltem una est possessio. Rectè una est possessio in genere, quam definit Thesis superior, cujus tamen species sunt diversæ, exemplo actionis, quæ & genus & varias suppeditat species: aut enim in rem, aut in personam diriguntur,

nec

nec quemquã turbet *d.l.3.§.genera*: dum species in[illegible]
nam per species intelligit Jctus eo loci, causas, modo[illegible]
sensus; causas, modos possidendi varios esse, quia al[illegible]
ptore, pro donato, pro hærede possidet. quod voluit [illegible]
in eadẽ l.3 §.ex pluribus. h. t. exprimere, dum docet, do[illegible]
quidem nisi ex una causa obtingere posse, possessione[illegible]
variis. *Duplex est ergò possessio*, quod sic probo. 1. diversi[illegible]
onum diversas species arguit: est siquidẽ, logicis doce[illegible]
finitio nihil aliud, quàm rei alicujus naturæ explicatio, q[illegible]
nica, ita nec definitio duplex esse poterit: at vel omnibus [illegible]
testãtib. definitio alia est civilis, alia naturalis possessio[illegible]
sol:icita & multiplex Latinorum & Græcorum indag[illegible]
2.l.1.§.dejicitur, ibi: naturaliter sive civiliter ff. de vi & vi arm[illegible]
ibi: ut non solùm possessio civilis, sed etiam naturalis in[illegible]
tur. *ff. pro hæred. 3.* Si hæc divisio, hoc est, generis in suas [illegible]
ductio, non est; Jam vel erit partitio, vel distinctio; non [illegible]
quia ea est totius in partes distributio? at possessio non [illegible]
integri, sed totum generis: non etiam distinctio, quia ea [illegible]
ambiguæ in suas significationes distributio; at poss[illegible]
nomen, verùm etiam definitionem naturali & civili [illegible]
tribuit, quia utraque est affectu domini rei detentio. 4 [illegible]
tates sunt diversæ, substantiæ possessionis (*ut Dd. vol*[illegible]) [illegible]
rentes, consequens illud erit, posita possessione e[illegible]
qualitatibus, hoc est, & naturalem & civilem poni [illegible]
possessionem tribueris, eidem tribuas utramq; simul; [illegible]
li, posita nive, necessum ejus qualitates albedinẽ & fri[illegible]
ponas. At illud ridiculum est: in persona enim ma[illegible]
sessoris ponis quidem possessionem naturalem, at nun[illegible]
vilem, sic per contrarium in b. possessore ponimus qu[illegible]
lem, at nunquam naturalem, nec enim hæ duæ poss[illegible]
compatibiles, sed cuicunq; unã earum attribueris, ut e[illegible]
teram protinus adimas necessum est. Rejiciendus ex his [illegible]
cundus error, qui putant, naturalem eam esse possessi[illegible]
corpore tenetur; civilem, quæ animo (*Alciat. ad l. qu*[illegible]
S. Duar. 1. anniversf. disput. 8.) ut si quis fundum animo [illegible]
sit adeptus, & in eo vel per se. vel per alios commor[illegible]
naturaliter possidere dicitur. Si verò postea peregrè pro[illegible]
tur,

catur, nemine in fundo relicto sic tamen ut nollet amittere possessionem, is civiliter à Dd. possidere dicitur: non rectè, 1. quia possessio, quæ tenetur corpore, & ea quæ animo, non sunt possessiones diversæ, sed una & eadem possessio neque enim qui corpore est in fundo, & naturaliter possidet, si is postea ex fundo exeat, nanciscitur novam possessionem, sed eam ipsam, quam prius habuit, animo retinet, unde & prior retineri dicitur: non nova acquiri, quæ si acquireretur, omitteretur prior, ex qua proinde non procederet usucapio, cum usucapio exigat continuationem possessionis. *l. 3. de usucap.* (*Donell. 5. comment. 7.*) 2. Si naturaliter possidere nihil aliud sit, quam corpore rem tenere, jam ridiculum illud consequetur, furiosum, asinum naturaliter possidere posse. quia & corpore rem tenere possunt. 3. nulla possessio acquiri potest, nisi corpore & animo simul. *l. 3. in pr. l. quemadmodum ff. h. t.* Ergò sola civilis possessio non potest animi dici, sed & naturalis. *d. l. 3. & d. l. quem h tit.* Falsa & eorum opinio est, (*Borchold. c. 2. h. t.*) qui putant, possessionem injustam aliam esse, quam naturalem: justam aliam, quam civilem: quia possessionis naturalis synonyma hæc sunt: injusta, malæfidei possessio, & per contrarium civilis possessionis attributa illa reputari debent, justa, bonæfidei possessio *l. 2. § ex contrario. §. vel etiam. 22. ff b. t. l. 1. § dejicitur. ff. unde vi l. 2. §. 1. ff. pro hæred.* quod tunc verum est, cum civilis & naturalis possessio sibi invicem opponuntur, & utroque verbo vera possessio intelligitur, in quo ne ambiguitas vocabuli nos fallat, considerandum est tribus modis naturalem possessionem appellari, (*explicat benè Donell. comment. 7.*) ambiguitas discretu facilis, si consideravimus hujus verbi significationem esse, ut sunt personæ possessorum, de quibus agitur, & colligi potest. *l. 1. 3. §. Nuntius §. Nerva. l. cum heredes h. t. l. 1. §. dejicitur. unde vi. l. 2. §. 1 pro hæred.*

VIII

Ad d. l. 1. §. 1. h. t.

Infans poßidere rectè potest, si tutore authore capit.

d. l. 1. §. l. 32. h. t. quibus vulgò opponit solet. *l. 3. C. eod.* dicam

breviter Si alios videre libet, adi *Duar. in d. l. 1. §. subiici. Fornet & Dd. Donell. 5. comment. 11. Charond. 2. verosim. 6.*) Jc[illegible] verissima est, quia possessio corpore & animo acqu[illegible] *l quemadmodum. h. t.* animum autem possidendi pupi[illegible] bet, ut acquitat, necessum tutoris authoritate supple[illegible] ratio est *Pauli in d. l. 32. §. 2. h. tit.* quod non mu[illegible] *d. l. 3. C.* [illegible] non excludit authoritatem tutoris, quin disertè com[illegible] dum corpore pupillo possessionem acquiri statuit, solum[illegible] nō sufficit; nam & aliàs brutum animal possidere poss[illegible] mus requiritur, judicium *(inquam)* certum, sensus cert[illegible] natio, & affectio animi certa, quibus cum pupillus de[illegible] necessum animo tutoris acquirat, & ratio dubitandi *d. l. 5* [illegible] ius inspecta evincit, clarissimè argumentum Imperator[illegible] Si per tutorem infanti possessio adquiri posit, nullo ac[illegible] facto ipsius infantis, utique poterit adquiri & facto infan[illegible] cedente, tutore auctore, quod dissentiētium voces non a[illegible] bant, plurima proferentes, in quibus solus tutor acquiri[illegible] ti, non autem infans tutore authore. *l si infanti 18. §. 1. C. d[illegible] lib. 2.* Si hæreditas restituitur tutori, non infanti tutore au[illegible] *l. pen. C ad Trebell. 3.* Et solus tutor restituit aliis, non infan[illegible] authore. *l. restituta. § fi[illegible] & l. seqq. Trebell. 4.* Ut & tutor solus convenitur in judicio & agit, non autem infans tutore authore [illegible] *§. 1. de administr. tut.* ita & ipsi cōtendentes possessionem qui[illegible] infanti posse per tutorem acquiri, non tamen infanti tutore [illegible] tore, verū cùm possessio facti sit; non juris. *d. l. 1. §. 1. h. t.* & fa[illegible] ac apprehensionem desideret, non hîc inspicimus, utrum [illegible] suo corpore, vel tutor suo rem contingat, dummodo in[illegible] affectus, qui plenus non est tutoris authoritate suppleatur.

IX.

Ad d. l. 1. § per procuratorem. h. t.

Num possessio etiam ignoranti domino per procuratorem acquiratur?

Jus hoc speciale possessioni tributum, ordinarium est, ne per liberam personā nobis quicquam acquiratur, quod in possessio-

ne

ne vel maximè observandum, ratione hac efficietur, in acquisitione possessionis animus & corpus acquirentis requiritur. *l. 3. l. quemadmodum h t.* corpus quidem adest per instrumētum procuratoris. *l. 3. §. saltus. h. t.* Animus verò non adest; nam forsan dominus ignorat. Sed ab eo jure recessum, utilitatis causa *l. 1. & 8. C. h. t.* 1. ut quibus in rebus ipsi interesse semper non possumus, in iis, *ut Cicero pro Amerino ait*, operæ nostræ vicaria fides amicorum supponatur. 2. ne alioquin possessio vacet, ratione *l. 1. de usucapion.* nam *ut in d. l. 1. §. per procuratorem. h. tit. dicitur*, si per procuratorem mihi non adquiratur possessio, eveniet, ut neque ego possideam neque procurator meus, quia non habet animum possidendi; neque is qui tradidit, quia possessionem cessit: possessionem cedere est tradere, & nolle possidere, quo genere protinus amittitur possessio, *l. 1. §. si vir uxori, h. t.* 3. per rationem *l. 1. §. item acquirimus. 5. h. tit.* quia nostra voluntate intelligitur possidere; quæ rationes tā obtinent in ignorante, quàm sciente, ut ex iis rectè efficiatur id, quod in quæstione quærimus, quod & disertè probat *l. possessio quoque. 49. § final. ff. h. t.* quod intelligimus, si procurator sit universorum bonorum, qui & à Dd. cum libera dicitur, etjamsi alium hunc, alium illum statuunt (*dixi disp. 3. q. 18.*) quod non immutatur. *l. ea quæ. 53. ff. de adquir. rer. dom.* nam in generali hac voluntate, vel maxima est voluntas, cum sine ea nullus sit vel dici possit procurator. *l. 1. ff. de procurat.* & conjunctio tutorum & curatorum, *d. l. 1, §. per procuratorem*. confirmat ut enim illi suis minoribus acquirunt, licet ignorantibus, ita & procurator suo domino; ignoranti, requirimus ut procurator domino velit acquirere. *d. l. 1. §. per procuratorem.* negat contra *l. qui mihi. 13. ff. de donationib.* Bartol. *in d. l. qui mihi. 13.* aliquid dicit, sed per vaticinium *inquit Ferret. ad d l. 1. h. t.* Cumanus distinguit inter possessionem & dominium, & de hoc accipit *d. l. 13.* & de illa nos disputamus, quem sequitur *Duar. ad d. l. 1. h t.* rationem differentiæ colligit *ex l. si quis vi. §. differentia. h. t. l. nec utilem. ex quib. caus. major.* Alexander in Cuman. bonum aliàs virum invehitur, tribus innixus fundamentis, quæ in *Alexandrum* repulit *Ferret. d. loco.* alia & plurima (vel dic. Accurs. habet.) pro captu lectoris habent, &c.

X.

Ad l.3.§. ex plurib. 4.ff.h.t.

Dominium non nisi ex una causa conting[illegible]re potest, possessio utique.

d.l.3.§.ex pluribus.4.h.t. atq; hinc verum *Ulpian.* ill[illegible] de quo *in l.12.§.1. h t.* [exẽpla passim habes, & quidem i[illegible] *pluribus. ibid. Dd.h.t.* quod juris non certi veteribus fuis[illegible]strat *l.1.§.1.ff.pro suo.* ratio differẽtiæ hæc videtur, quod [illegible]um est, meum amplius fieri nequit, quæ regula ad do[illegible]tinet: nam quod possideo, non protinus meum est, qu[illegible] possideo, ut meũ fiat: possidere a. facti est; facta multipl[illegible] rerum naturam possunt, igitur & possessio; utilitas id p[illegible] finge testatorem rem à non domino emisse fide bona, h[illegible] pro hærede & pro emptore possidet, & hunc posterio[illegible] nisi admiseris, incertitudinem dominiorũ produces: nec [illegible]los, qui textum nostrũ accipiunt de cõcursu tituli specia[illegible]neralis, non etiam duarũ singularium causarum: argume[illegible]rum hoc erat? Aut quæ supervenit causa, mutat priore[illegible] mutat; si mutat, nõ possidetur ex prima, sed ex secũda. *l.2* [illegible] *pro empt.* ubi possessio ex donatione mutat possessione[illegible]pto. Si nõ mutat, possidetur ex prima: quia nemo potest [illegible]tare causã possessionis. *l.3.§.illud.19,h.t.* Sed prior dilem[illegible] ad nos nõ spectat, nam dominium semel tantùm quęr[illegible] *d.l.2.in fin pro empt.* Posterior nihil pugnat, quoniã de muta[illegible] agit, nos verò de multiplicatione loquimur: mutamus ca[illegible] quãdo non deserimus priorem possidendi causam, sed eã [illegible]em transformare volumus: multiplicamus verò quando [illegible] alteri cumulamus. 2. Opp. à lege nihil frustra fit. *l.1.§.* [illegible] *Publican. l. dominus. ff. de cond. indeb. l.2. de dol.* frustra verò m[illegible]cantur hîc causæ, cũ omnes eodem tẽdant, ut acquiratur dominium. R. multiplicẽ hujus rei effectum esse. 1. quia si non [illegible] ꝓbare, me possidere ex una, ad alteri⁹ ꝓbationẽ devenire [illegible] 2. quia prior possessio & vetustior mihi citius acquiret pe[illegible]pionem dominium. 3. opp. *l. si quis ante. 10. ff. h.t.* Sed huc nõ perti[illegible]net, quia loquimur de vera possessione. 4. Op. *l. cũ res. C.* [illegible] ẽpt. R. *Accurs.* pro dominio poni eo loci possessionẽ, ut *in l.* [illegible] *de V.S.* Possessio plerumq; causa est proprietatis, puta traditione

facta

facta à domino animo mutandi dominii. *l. traditio. ff. de adquir. rer. dom.* Et causam pro effectu accipi in jure frequentissimum est. Et hæc de ultima parte: Priori de dominio plurima quoque adversantur. 1. Si concurrit usucapio pro emptore & pro suo *l. 1. pro suo d. l. 3. §. 4. h. t.* Usucapio autem est adjectio dominii *l. 3. de Usucap.* Ergò ex diversis causis quæritur dominium. 2. quia agens in rem omnem causam dominii in jus deducit. *l. mater. §. eadem de except. rei judic.* 3. quia res debita ex pluribus causis solvitur. *l. cum quis. §. de peculio. l. in numerationibus. ff. de solutionibus. l. si creditori. §. Marcellus ff. de leg. 1.* 4. Opponitur *l. fundo. ad l. Falcidiam.* quas oppositiones notabilis glossa cumulavit, *ad d. l. 3. §. ex pluribus. 4. h t.* circa quam Dd. non secus, ac si Turcas oppugnatum irent. (*Tu vide Duar. Ferret. ad d. l. 3. § ex pluribus. Borch. c 6. h. t.*) nos inter disputandum de iis videbimus.

XI.

Ad l. 3. §. ex contrario 5. h. t.

Duo in solidũ rem unam an poßidere poßint?

Negas *d l 3. §. ex contrario h. t.* ratione hac addita: ut unum corpus in duobus locis; & duo corpora in uno loco esse non possũt. Corpora se occupare & simul esse natura nõ permittit, sic demẽsio suum locũ occupat, & obstaculo est, ne quævis alia dimensio, & quodvis aliud corpus pariter unaq; eundem locum occupare ac replere possit: ita & possessio penes duos esse nequit, *notat. ad d. §. Gothofred.* quin si duos in solidum, hoc est, totam rem possidere dixeris, id aut verè aut fictè fiet: non illud, quia non potes tu eo in loco stare, in quo ego sto. Ergo nec hoc, quia fictio imitatur naturã, nec eam corrumpit, sed sequitur *§. minorẽ Inst de adoptionibus.* 3. Possessio est rei vacuæ detentio, *l. 3. de act. empt.* vacua a ea possessio dici nequit, quæ nunc ab altero tenetur. 4. qui possidet animo, domini rem detinet, ut a. dominiũ; sic nec ejus animus penes duos esse poterit. *l si ut certò. 5. §. si duob. 15. ff. cõmodat.* quod intelligo, sive duo civiliter, sive naturaliter possideant, itidem sive unus civiliter, alter naturaliter possideat, cum quia animo domini omnes possidẽt, qui non potest esse penes duos in solidum. *d. l. 5. §. 15. commodat.* cum quia id satis evidẽter *ex d. l. 3. §.*

ex contrario.h.t.l.duo.l 19.ff de precar. colligitur: nō ... *bet. §.eum qui.ff de precar.* quæ vult,& eum, qui precariò rogavit, & eum, qui dedit. possidere; quia *ut Cujac.9.obs.32.vult.* ... ea Sabinianorum & Proculianorum alit, quod nullo jure ... bat, at quin eo, quoad suæ sententiæ defensionem utitur ... tur, nimirum *l.3.§. ex contrario.5.h.t.* quæ Scabinum ex ... refert. eum qui precariò rogavit, & eū qui dedit, possidere ... nec Paulo displicet; sed in Trebatium aculeum dirigit, ... justè. aliū injustè possidere posse opinabatur: dicam quod ... videtur, nec unquā credo, Sabinianos & Proculianos in ... proposita precarii scilicet, dissensisse. *d.l.3.§.ex contrar...* *bet.15.§.eū qui l,duo.10.ff.de precar.* sed verbum possessionis ... que alio modo accepisse; propriè si quæramus, an is, qui precariò accepit, possideat? & is qui dedit? dicendum solum ... possidere *l.6.§.2.de precar.* quia is rem habet affectu domini, non autem is, qui precariò rogavit. At possessionis vocabulum ... strinxerimus ad detentionem, ut abusivè sæpè accipitur in fructuario *l.12.in pr* in creditore *l.cum & sortis.§ ult.ff de pign...* *per servum.37 de acquir rer.dom.l.1.§.per servum de adq.poss* ... re is quoq; dicetur, qui precariò rogavit. *l.4.de precar.* quod ... bat *d.l.15.§.eum qui. ff. de precar.* dū corpore ipsum possidere ... hoc est, rem detinere, cujus quoque intuitu interdicto Uti possidetis adversus omnes, præter eum, quem rogavit, uti potest ... *17.ff.de precar.* ut de fructuario legimus *in l.final l. 2.ff. Uti...* *2.Opp.l.3.ff. Uti poßid.* Resp. *Cujac.d.l.* & eam Sabinian... dolere: quæ sententia ex inscriptione *d.l 3.* refellitur: est enim ... lex Pauli, qui ut maximè Sabinianorum partes in pluribus sectatus fuerit, in proposita tamen cōtroversia, ipsum magis inc... re in Proculianorum sententiam, *ex d.l.3.§. ex contrario.h.t* ... dissi nè cōstat & insulsè satis proponeret eam facti speciem, ... ipse neq; probaret, & juri cōtrariam sciebat, quocirca ... ut dicamus, interdicto Uti possidetis omnem detentio... possessione accipi, nō quasi duo in solidum rem possint ... re, nec enim id natura rerū patitur, sed utrumq; haberi diversa respectu pro possessore: exempli gratia: Dominus peregrè proficiscitur; Secūdus absentis possessionem clàm ingreditur, ... tus revertēs possessionem animo retinuit, hîc sanè uterq; possi-

det, &

det, & verus dominus, quia animum possidendi non deposuit, & clancularius possessor, quia animo & corpore sibi habendi possessionem ingressus est, & quidem in solidum, hoc est totam rem hujus possessionis occasione possunt defendere, non quidem alter contra alterum; dominus enim illo superior est, & hujus intuitu ejus detentio nulla est, sed si extraneus conveniat hunc clancularium possessorem, rectè interdicto uti potuit *l.7.ff. Uti possid.* quinimò si hic secundus non detineat rem ab ipso domino; sed ab alio causam detentionis suæ habeat, neuter eorum vincetur; non quod uterque possideat; solus enim dominus verè possidet, sed quia non ab ipso domino clam possidet & omnē detentionem defendit Prætor interdicto Uti possidetis, dummodo non vi aut clam, aut precariò ab adversario possideat. *l 1. in pr. l. 2. l. 4. ff. Uti possidet.* & sic mihi videtur. 3 oppon. *l. clam §. qui ad nundinas. ff de adquir. poss.* R. ex superioribus. Opp. Aspectu acquiritur possessio. *l. 1. §. si jusserim. l. quemadmodum. l. quarundam. h. t.* Duorum autem aspectus concurrere circa unam & eandem rem potest Ergò. R. aspectu acquiri possessionem, si vacua sit, non autem vacua ea dici potest, si oculis & affectu eam alter apprehendit. *d. l. 1. §. si jusserim.* quod quidem leve est, sed vix sese extricat *Duaren.* quem vide post *Zas. & Ferret ad d. l. 3 §. ex contrario. Conan 3. comment. 10. Borchold c. 6. nu. 8. h. tit.*

XII.
Ad l. 3. §. 9. eod.

Pugnat l. 3. §. in amittenda 6. cum l. quemadmodum. 8. h tit.

Nulli non ea tacta *ἀντινομία*, explicata forsan nulli: Sex solutiones dedere veteres, quarum quinque pueriles *Ferret* appellitat. *Sexta* probatur doctis, quam dedit *Johannes*, placet solo animo amitti possessionem *juxta d. l. 3. §. in amittenda* acquiritur quidem ea corpore & animo simul. *d. l. 3. in pr.* non corpore solo nec animo solo: retinetur animo solo, *d l. 3. §. 11. h. t.* quem si deposueris, nulla ratio est, ut eam retinere dici possis. Itaq; si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem

nem. *d.l 3. §. in amittenda. h.t.* quod non negat *d l quemadm* [illegible] *h.t.* si modò consideraverimus verba illa: *Ita nulla amitti* [illegible] pertinere, ut intelligamus solo corpore nō amitti po[illegible] sed solo potius animo retineri sine corpore. *l. si id quod. §.* [illegible] *is qui h.tit.* ejusdemque est est sententiæ *l. ferè de R. J.* & [illegible] tio aliorum unumquodque eodem dissolvi modo, quo [illegible] ligatum est. *l. prout. de solut. l. nihil tam naturale. de R. J.* quoniam [illegible] possessionem applicari nequit, & ratio colligationis al[illegible] dissolutionis est. *d. l. 3. in pr. §. 6. h. tit. Duar. Cujac. ad d. l3. §. 6* [illegible] *teres.*

XIII.

Ad l. 12. §. 1. h. t.

Non denegatur ei interdictum Uti possi-detis, qui cœpit rem vindicare.

d. l. 12. § h. tit. quem textum columnarii Dd. onerar[illegible] commentariis, nos libenter ea iis relinquimus, suffic[illegible] subtilissimo *Govean. 1. variar. lection. 3.* rationem dubitan[illegible] visse. Titius turbatus possessione ignarus juris & fori [illegible] cationem instituit, quæ ei ut possessori minimè conv[illegible] resipuit tandem & interdictum Uti possidetis à Prætore [illegible] vit. Dubitatio oritur, sitnè æquissimi Prætoris auxilio [illegible] movebat, quod juris sit non ignoti, eum qui semel act[illegible] stituit, debere usque ad finem litis in ea perseverare: *au*[illegible] *mel. C. quomod. & quand. jud.* quod in proposito tantò [illegible] cendum videbatur, quia vindicando rem videtur posse[illegible] nuntiasse, vindicans enim fatetur adversarium posse[illegible] *l. officium l. 23. de rei vindicat.* sed ut prius resolvitur, nisi ju[illegible] sit erroris causa, cur actionē mutare possit: ita poster[illegible] *ipse Ulpian* nihil (*inquit*) commune habet proprietas c[illegible] sione: nam rei vindicationē pro proprietate instituit [illegible] Uti possidetis ad possessionem cōservandam pertinet [illegible] tionem instituit, non ut renunciaret possessioni, sed e[illegible] ret quod hisce verbis significat. JC. non enim (*ait*) videtur [illegible] sessioni renuntiasse, qui rem vindicat: ut in simili si [illegible] genuitate, dicens me esse ingenuum, non videor renu[illegible]

be[illegible]

bertati. *l penult. C. de inq. manum.* quanquam hæc duo videantur esse opposita, ingenuitas & libertinitas, & si egero familiæ erciscundæ, quo genere confiteri videor, te cohæredem esse, non videor renuntiasse petitioni hæreditatis, qua tenetur qui cohæres non est. *l. qui familias. 37. ff famil. ercisc. (Sup. disp. 8. thes. 13) Adde Cujac. 7. observ. 38.*

XIV.

Ad titulum de usucapionib. l. 4. §. 15.

Poßitne partus ancillæ furtivæ usucapi?

Quæstionis resolutio dependet ex eo, sitnè & ipse furtivus veluti mater. Sic ergò hanc rem definit *Ulpian. in l. qui vas. 49. §. si ancilla 5. ff. de furt.* Si ancilla prægnans surripiatur, vel apud furem conceperit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonæfidei possessorem. Si furtivus est, ergò ex lege Atrinia ejus æterna authoritas erit (*Gell. 17. noct. Attic. 7.*) quod & admittendum tanto magis, licet apud hæredem pepererit, quia in jus defuncti succedit. *d. l. 4. §. 15. h. t.* & apud ignorantem conceperit *d. §. 15. quod.* posterius justam dubitationem habet, quia partum ideò usucapi non posse volumus, quia furtivi vitio affectus est, quod sanè in eo casu dici non poterit, cum conceperit apud eum, qui ignoravit, ancillam furtivam fuisse; quia furtum est contrectatio fraudulosa *l. 1. ff. de furt.* sed facilis, & in promptu elegans JC. ratio est *ind. l. 4. §. 15.* non prohiberi partus usucapionem, quia furtivus est, sed quia ancilla à defuncto vitiosè possessa est, vitiorum autem & ipse hæres successor est. *l. vitia. 11. Cod. de aquir. possess. l. si ego § partus. ff. de Publican.* Sed quid de bonæfidei possessore dicendum, si videl. ancilla apud eum conceperit? quæ est altera pars *d. l. qui vas. § 5. ff. de furt.* in qua concluditur, hunc partum furtivum non esse, & consequens illud cum usucapi posse. *l. si matrem. C. pro emptor.* cujus rei ratio nulla alia quærenda est; quam ea quæ reddita est à Scævola *in l. 10. § final. h tit.* Nec enim partus ancillæ ejus pars dici nequit, recepta *in l. 26. ff. de V. S.* nam ut scribit *Aristot. 1. Politicor.* eædemum verè propriéque dicuntur partes, quæ suo toti adhærescunt, suumque munus obeunt, ut rota in vehiculo, quæ vero amissæ sunt, impropriè saltem hoc nomine appellari, ut manus amissa. partus autem nõ potest dici

matri adhærescere ut toti, vel aliquid, ad constituendam matrem facere, cum ea semper sit, & maneat tota, quod ... videri eò potest, ut removeatur argumentatio satis ... ad partem, *l. quæ de tota. ff. de rei vin.* si enim concederemus partum ancillæ partem esse, inevitabiliter ut ancillæ tanquam ... usucapionem negamus, & partus usucapionem a... quod non mutat *l. 1. §. 1. ff. de vent. inspiciend.* quoniam *ut ... notat*, id verum est juxta materiam, de qua ibi agitur, & loquitur saltem in casu nondum editi partus, quanquam nec ... tum pars dici potest, propter superiora: nos autem loquimur de partu edito. Hæc restringit *Donell. 5. comm. 25.* ad extraneum, nam si servus domino pro libertate sua dederit ancillam, ut ... dominus bona fide eam acceperit, non tamen editum partum usucapere potest *d. l. 4. §. de illo. 16. h. tit.* equidem Donello non credo. 1. quia nulla hic dari poterit ratio differentiæ ... quod ille vitiosa servi possessione repetit *ex l. 2. §. si servus ... emptor.* ad hunc casum non pertinet, ubi servus pro libertate ... dedit, quia hic eundem cum extraneo respectum habet, & ... venditor dicitur, *arg. l. 10. pro empt.* 2. quia in hoc eodem ... domino conceditur usucapio. *l. qui ob pactionem. 8. & 10 ff. ...* quas *Donell.* accipit de eo servo, qui manumissus erat ... eadem ratione mihi proferre licet de casu *d. l. 4. §. 16. h. tit.* ... Donello ejus indicium fecit? verbum nullum manumissionem inducens habent *d. ll.* quinimo de nondum manumisso loqui ex eo constat, quia à servo accepit *d. l. 9.* & servus domino ... *d. l 10.* regerit *Donell.* ἀναφορικῶς servum *dictis locis* accipi, relatione nimirum facta ad id quod fuit, verum à verborum ... recedendum non est, nisi magna ratio sit, quæ erit ea? quia inquit *Donell.* aliàs inter dominum & servum nulla potest contrahi obligatio verissima est, si de permanente servo loqueremur, at nunc sermo nobis est. qui eo ipso, quod ancillam dedit libertatem, consequitur. Hæc enim pactio vel sexcentis in locis inter dominum & servum recipitur, ut si pro libertate præstiterit decem, ancillam, vel quid aliud, ut tum jugo hærili laxetur, & quidem invito domino summo libertatis favore. *l. 1. & tot. tit. C. si mancip. ita fuer. alien.* dicendum ad *d. l. 4. §. de illo. 16. h. t.* quæ Donell. in hanc opinionem traxit, ideo possessionem eo in casu do-

mino non prodesse, quam servus vitiosè nactus est, quia sciunt, ancillam, priusquam pareret, furtivam esse, juxta *l. non eorum 33. in pr. ff. h. t.* quod ne ex cerebro nostro ortum videatur, apertius probandum erit, de domino res dubia est, ponamus id; at si de extraneo quæramus, nulli non constat usucapionem procedere, modò non sciat matrem furtivam esse, juxta *d. l. non eorum. 33. h. t.* nunc autem constat, post *d. §. de illo. 10.* mox idem subjungi de extraneo, quod de domino in præcedentibus dictum erat: si itaq; volumus hunc locum sine vitio scriptum esse, & cum aliis convenire, necessum id omnino quod volumus, præsupponamus, verum ne sic quidem dici posse; efficit *l. justo 44. §. etsi 2. ff. hoc tit.* quæ vult, non minus usucapi puerum, quod alienam matrem priusquam eniteretur, coguoverit. Rectè *Accurs.* animadvertit, aliud esse scire matrem alienam esse, aliud furtivam esse. Potest enim aliena esse, etiamsi non sit furtiva *§. sed tamen Inst. de Vsucap.* qui furtivam esse scit, odio rei furtivæ non potest in usucapione progredi, at qui alienam scit, quemadmodum ipsam potuit matrem usucapere; sic & partum, non enim usucapio rectè cœpta ideò interpellatur, quia rem alienam postea esse cognovit *l. penult. ff. pro empt l. unic. in fin. C. de usucap. transform.* Sed & his occurritur *ex l. 4. §. si antequam 18. h. tit.* Si antequam pariat (*ait JCtus*) alienam ancillam esse scierit emptor, diximus non posse eum usucapere, sed quod alibi sæpissimè, idem ut hic faciamus, necessè est subsumere, & furtivam simul scivisse, quod *præcedentibus §§.* maximè convenit, quibus omnibus limitatio addenda *ex l. penult. pro suo* quam benè explicat *d. l. Don.* & ne sim longior, alia omitto.

DISPUTATIO VIGESIMA PRIMA.

Quam
Publicè in Auditorio JCtorum defendet
PAULUS Kalbskopff / RIECHENBACHEN-
sis Variscus.

THESIS I.

Ad l. 3. ff. de re judicat.

QUi condemnare potest: is absolvendi quoq; potestatem habet. *d.l.3.de re judicat.* quod axioma & inter regulas juris retulit Tribonian. adscriptum Ulpian. *in l. nemo qui cond. Faber & alii. de R.J.* lex nostra (*ut inscriptio indicat*) desumpta est ex *libro Pauli 17. ad edictum*, in quo de judicibus datis a [illegible] argumento sunt *l.12.ff.de judic.l.36.& 38.ff h.t.* rationem dubitandi, quod judicium datorum constrictior formula suppeditat, judex quippe datus præcisè formulæ ipsi à Prætore præscriptæ in hæc verba cogebatur (*Duar ad d.l.3.h.t.*) *Si paret Titium dare facere oportere, condemnato*; quod vel maximè casus noster efflagitat, cum absolvere & condemnare sint contraria, qua non obstante, favorabilior absolutionis potestas expostulat *l. Arrianus ff. de obl. & act.* ut qui condemnare possit, is etiam absolvere possit, quod nec [illegible] formula negat, quin imò per contrarium expressè implicat, *si paret Titium &c. condemnato*. Ergò si non paret, absolvito, nec aliter ea concipi potuit, *arg l. generaliter ff. de except.* siquidem intentio actoris ea est, ut condemnetur, juxta quam formula concipitur. *d l. generaliter*, adeoq; & omnis sententia, quæ [illegible] imponit, aut absolutionem, aut condemnationem continere [illegible]

f.

ff.h.t.l.si Præses.C.de sent.& interlocut.omn.jud. quo pertinet (*Si Revardo credimus ad d.l.nemo qui.de R.J.*) §.*fin.inst.de perpet.& temp.act.* qui vult, omnia judicia absolutoria esse, h.e. judicem eum etiam, qui tempore judicii accepti condemnandus videbatur, absolvere potuisse: nec obstat absolvere & condemnare contraria esse, nam *ut rectè Ripa in d.l.3.n.1.h.t. respondit*, contraria quidem esse respectu finis, non tamen respectu jurisdictionis & potestatis *Men.1.arb.jud.q 43.n.4.*) opponitur, nocentem condemnare possum E.& absolvere, quod est contra æquitatem *l. absentem ff.de pœn.* dicendum; legem loqui de persona judicis, non rei aut causæ, quod voluit Glossa *ad d.l.3.* Et dic(*inquit*) in genere non in eadem causa: sensisse mihi videntur *Ripa & Jason.in d.l.3.h.t.* dum statuunt legem nostram procedere respectu potestatis in abstracto non se restringendo ad merita causæ, quoniam judex quoad merita illud solum potest, quoad jus postulat *l. nepos Proculo.de V.S.l filius qui fuit ff.de condit.instit.* Quæritur, *An qui absolvere possit & condemnare possit?* Negat *Gloss.ad l.3.h.tit.* quam sequitur *Duar.ibid.*

II.

Ad l. 4. §. fin. eod.

Si noxali judicio condemnatus, eum servũ in quo usufructus alienus est, noxæ dedisti: posse tecum adhuc agi judicati, Celsus scribit.

d.l.4.§.fin.h.t Sententiam Celsi refert planissimè *l.si hominem 69.ff.de sol.l.38.§.qui hominem.eod.* quotiens enim aliquid juri rei deest, adhuc res peti potest.*l.etiam 27.ff.de sol.*opp. solet. *l.locũ. 17.§.2.ff.de usufr* debebit(*inquit Ulpian.*)planè denegari usufr.persecutio, si ei, qui noxæ accepit, litis æstimatio non offeratur à fructuario, atque ita videtur liberatus proprietarius, idq; videtur rationi consentaneum, *ait Duar ad l.4.§.fin.h.t.* nam proprietarius facit, quod in sua potestate est, verum hæc contraria non sunt, sed potius diversa. *Vult.d.l.4.§.fin.h.t.* creditorem protinus proprietarium posse convenire, non negat id *d.l.17.§.2*, Sed eum casum considerat, si contentus sit creditor præstatione servi, nec

Vu 3 pro-

proprietarium convenire velit, quid tum ipsi facien dum [illegible] usufructuario petatur servus 2. opponitur *l. si quis ad* [illegible] *si tu servum. 4 de dol. mal.* quam explicavit disputatio 4. q. [illegible] assumenda erunt, quæ hic consulto prætermittuntur. [illegible] *trawr. 80.)*

III.

Ad l. 5. §. 1. eod.

Quæritur, an valeat hæc sententia; Solve quod debes.

Affirmat *Bartol. Zas. & alii in d. l. 5. §. 1. h. t.* modò exacta [illegible] batoriis debitum demonstrari possit. 1. quia paria sunt in [illegible] tia certam quantitatem exprimere, vel ejus verba apta ad certam quantitatem continentia referre *l. hæc venditio. 7 §. penult. de contrah. empt. l. asse toto. 77. de hæred. inst l. 75. §. sed qui vinum ff. de* [illegible] talia autem hæc videntur esse; quoniam apta sunt ad eam quantitatem, & referri possunt ad eam, quæ in actis occurrit, ut cum dicit: Solve quod debes. sc. ut in actis petitum est. 2. movent [illegible] *5. §. 1. h t* in qua valet sententia talis, Solve quod ex testamento vel codicillis Mævii habes, ea ratione, quia ea quantitas nominata censetur, quæ testamento vel codicillis relicta est, sic & in proposito, ea quantitas nominata censebitur, quam acta demonstrant: Nec recipient responsionem adversariorum, qua dicitur in specie *d. l. 5. §. 1. h. t.* per relationem ad testamentum habit [illegible] declarari summam certam, quia & in hoc casu relatione [illegible] acta habita, id venire contendent. 3. proferunt *l in summa* [illegible] *ff. h tit.* ex qua probatur, valere eam sententiam: *Solve quod petitum est*, vel *Quantum petitum est*. Negãt *Duar. & alii. vid. l. 1. §. 1. h. t.* 2. quia sententiæ judicis hic finis esse debet, ut lites finiantur *l. 1. h. t. l* [illegible] *dam existimaverunt. 21. ff. de reb. cred.* quem non consequitur [illegible] dicis pronunciatio, quoniam acta probatoria multis modis [illegible] sa adhuc dici poterunt à reo, ut potius ea litium procreatrix quàm sedatrix censeri possit. 2, per *l. quid tamen 21. §. Pomponius ff. de recept. arbitr.* quæ non admittit hanc sententiam arbitr. *Quantum et debes, redde*, arbitria autem ad instar judiciorum sunt redacta. *l. 1. ff. de recept arbitr.* 3. curare debet judex, ut certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum [illegible] *§. curare. 32. Inst. de actionib.* quod hæc sententia factu dici nequit,

qlo-

quoniam nullam expressit summam, aut saltem eam, quæ propter adversarii contradictiones incertissima adhuc est, quo spectat Ulp. in *l. sententia. 59. §. 2. h. t.* cum ei pronunciationi vim sententiæ deneget. *Usuræ si quæ competant, præstentur*; quia incerta earum est condemnatio, quæ tamen communis certa esse debet. *l. ult. C. de sentent. quæ sine cert. quant.* unde & *Sueton.* scribit *in Claud.* Claudium Cæsarem, dum ita pronunciaret, secundum eos se sentire, qui vera proposuissent, côtemptui habitum fuisse, quod rectè ad nostrum judicem applicabimus, quem æquè stultum pronunciabimus, ac illum, qui 50. & 52. centum putabat, de quo *in l. 1. ff. quæ sentent. sine appell.* & hanc sententiam sequor.

IV.

Ad l. quod jussit 14. eod.

Judex interlocutoriam sententiam potest mutare, definitivam non item.

Ut rectè *Bartol. Duar. & alii ad d. l. quod jussit 14. h. t.* sentiunt, quos contra stat *Vaud. 1. variar. q. 49.* quia judicem, nisi causa cognita, interloqui non oportet, usq; adeo, ut interlocutio, quam causæ cognitio non processerit, auctoritatem judicati nunquam sit habitura *l. à procedente C. de dilationib. l. ex stipulatione C. de sent. & interloq.* incivile autê esset, quod semel judex causa cognita constituerit, quod cognoscens decreverit ex integro in discrimen peti, atq; illusoriam cognoscentis, & auctoritatê, & jurisdictionê fieri. Respondet *Duar.* crebras hujusmodi interlocutiones esse, & celeriter expediri à judicibus, ac sine magna deliberatione, plerumq; in magno tumultu & strepitu; utilitas igitur suadet, ut si quid huj⁹modi imprudêter exciderit, ut judici id corrigere liceat: reddit *Bartolus* rationê differêtiæ, quia in definitiva (*inquit*) eo ipso quod dedit judex sentêtiã, statim desiit judex esse, ideoq; sententiam dictam revocare non poterit, sed lata interlocutoria adhuc judex manet, & ideò eam mutare poterit *l. judex 55. ff. de re judicat.* quod probant *l. 42. 62. h. tit. l. qualem. §. dicere ff. de recept. arbitr.* Bartol. recitat aliquot objectiones. Prima est ex *l. sive pars C. de dilationib.* quæ vult judicis officiũ cessare interim, dũ nondum dilationis têpus effluxerit. Ergò dicendũ videtur, judicê eã pendente

dente non posse per interlocutoriam concedere aliam: [illegible] id non dicit *d.l sive pars*, nec glossæ expositio tolerabitur, [illegible] cessabit officium judicis super eo, de quo dilatio d[illegible] est. [illegible] pon. *l.quod semel ff.de decret.ab ordin.faciend.cum similibus*, de qu[illegible] inter disputandum. Quærit *Bartol.* de quâ sententiâ d[illegible] loquamur? recitat opiniones plures celebris Gloss, quam describit Bartol. qui hac in re notandus est.

V.

Ad l.15.§.si pignora 3.eod.

Si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro, & Divo Patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Addicantur autem utiq; eâ quantitate, quæ debetur.

d l.15.§.si pignora. 3. h. tit. cujus ultima verba miru[illegible] nostri vellicent (*videre licet ex Alciato 6.παρ.3.Duar.1.disp.6.*[illegible] *sent.22.Forcat.in Necyom.13.*) communiter ita exponunt. *Addicantur.utiq; eâ quantitate*, i.e. pro eâ quantitate, seu summa [illegible] betur. (*Bart.& alii ad d.l.15.§.3.h tit.*) qua interpretatione [illegible] ineptius neque injustius, *inquit Duar.d.loco.* ideoq; is sic [illegible] ut pignora addicantur eâ quantitate, i.e. valore & æstimatione, quanta est summa quæ debetur: ne si fortè pluris aut [illegible] valeant, alteruter, id est, debitor aut creditor adficiatu[illegible] quæ expositio etsi æqui & veri speciem habere videatu[illegible] tamen, num menti & verbis JCti conveniat, imò cont[illegible] citè à JCto objectionem *Duareni* dilui: cum *Duareno* [illegible] si quis objiceret, iniquum videri debitorem gravari, si fu[illegible] pignora pluris valeant, quàm debitum est, respondeb[illegible] JCto, id non esse, quoniam si & creditor in creditum [illegible] pignus possidere, non poterit id, quod excedit, petere, qu[illegible] ut pacto de cætero transegisse videtur, sic & priore casu c[illegible] pter penuriam emptorũ creditori pignora addicentur, [illegible] terit conqueri debitor, quia quantum in ipso creditore est, [illegible]

af-

afficitur ab eo injuriâ debitor, sed sæva & sæva necessitas ad hanc addictionem nos compellit. Cum itaque in uno gravetur creditor ut & in altero sublevetur, rationi & æquitati naturali congruens est, & rectè etiam hæc applicabitur elegans decidendi ratio: de qua *in fine. d. § si pignora. 3. nec posse* (inquit) *Jc^{tus} in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere.* Et hanc sententiam comprobat similis locutio ejusdem JCti *in l. si servos 29. in pr. ff. de pignor. action.*

VI.

Ad l. 16. & seqq. eod.

Sunt qui in id quod facere possunt, conveniuntur: id est, non deducto ære alieno, ut socius, patronus, parens, liberi, & similes.

Nos ordine de iis dicemus. Si prius consideraverimus verba illa: IN ID QUOD, sive IN QUANTUM, sive, EATENUS QUA, aut QUATENUS FACERE POTEST. Illam recipere interpretationem, ne solidi exactio fiat, sed usque tantùm, quo reus non negat *l. in condemnatione. ff. de R. J.* quâ in re & ipsius personæ & familiæ rationem habere oportet *Zas. in l. miles h. t.* inter eos primum refert Ulpian. Socios *d. l. 16. h. t.* quod summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. *l. verum 63. in pr. ff. pro soc.* quo pertinet, quod Eccles. 4. dicitur. *Melius est duos esse, quam unum. Habet enim emolumentum suæ societatis, si unus ceciderit, ab alio fulciatur.* Item Prov. 18. *Vir amicabilis ad societatem, magis amicus erit quàm frater.* Item illud Cicer. pro Rosc. Amerin. *In rebus minimis* (inquit) *socium fallere turpissimum est propterea quod auxilium sibi se putat adjunxisse, qui cum altero rem communicavit.* Quæritur: AN SOCIUS OMNIUM BONORUM, SALTEM HOC BENEFICIO GAUDEAT? videtur id velle *Ulp. in d. l. 16. h. t.* admittit tamen idem & unius rei socium *in d. l. verum. 63. in pr. ff. pro soc.* communis responsio est, utrumque eo gaudere, sed socium omnium bonorum in omnibus socium unius rei saltem in una ista re. (*Zasius, Duar. & alii in d. l. 16. h. t. Pac. tract. 100.*) 2. *Patronus, Patrona, Liberique eorum & Parentes,* in

id quod facere possunt conveniuntur *l. 17 h. t.* ... propter honorem & amorem, quem liberti & liberi prædictis personis ... bent. *l. liberto ff. de obseq. à libert.* Quæritur: AN FRATRIBUS ... BENEFICIUM COMPETAT? Aff. Don. *ad § sunt præterea* ... *n. 3.* 1. Quia *d. l. 17. h. t.* ait, quod non solùm patronus ... conveniatur modo, verum etiam liberi, quod cum Donellus ... habet significationem, ut non liberi tantum eorum ... nō possunt à superioribus aut iis à quibus superiores nō ... sed nec liberi ipsi inter se, ipsi autem liberi inter se ... 2. quia *l. verum 63 pro soc.* concedit socius hoc privilegium ... jus fraternitatis quodammodo inter eos constitutum ... magis hoc fratribus concedendum erit, qui non imaginariè, sed verè hoc jus habent: addit *Oldendorp. in c. except. quatenus* ... *poss. in tr. de except.* tertiam rationem, quoniam alimenta ... bent *l. 1. C. de alend. lib.* & hanc sententiam habet etiam ... *17. h. tit.* Negat receptior opinio, quam tuetur *Zas.* quia frater non numeratur inter eas personas, quibus hoc privilegium concessum legitur, jus autem singulare non debet interpretatione extendi *l. quod v. ff. de legib.* 2. Quia propter conjunctionem ... nam illud concedi non potest, cum fratrum quoque ... sit, *& Manilio 4. Astronom. dicente.* Mutuaque armati ... vulnera fratres. Superior sententia verior, nam quos natura conjunxit (*ut Eurip. loquitur,*) illi nullo tempore alieni fieri ... & *ut eleganter. Plutarch. ait*, quod bonam securitatem ... fraternæ benevolentiæ comparandum esse, quis socius ... lentior acquiri potest, quam frater commodus? cujus ... in calamitatibus utilior desideratur, quàm fratris? 3. ... TUS DE DOTE IN ID, QUOD FACERE POTEST, CONVENIATUR ... *h. t.* qua ratione: an propter reverentiam marito debitam ... *causa est 14. ff. sol. matr.* an propter certissimam conjunctionem ... individuam vitæ consuetudinem? utramque conjunge ... ne si priorem adsumseris, quod faciunt plerique, ... cludas, cui nullam reverentiam maritus debet, cum tamen ... privilegiū in persona mulieris æquâ lance servari æquitatis ... gerit ratio, *ut ait l. 20. h. tit.* usque adeò, ut nec dactum ... in id, quod facere possit, condemnetur maritus. *d. l. 14.* ... *matr.* quod non solùm casu dotis procedit, verùm & in aliis

quibus

quibuscunque contractibus, ex quibus ab uxore convenitur *l. 20 h.tit.* quod pugnare videtur *cum l. divortio facto.36.ff. de negat.gest.* quæ concedit actionem negociorum contra maritum in solidum, rectè respondit *Accurs. in specie d.l.36.* maritum desiisse esse per divortium, priusquam actione ea teneretur, quæ responsio dubio non caret *propter l. quod si maritus.3. in pr. ff. de constit. pecun.* de qua *Duar. ad l. 20.* AN ET SOCERO HOC BENEFICIUM DETUR? dictum est *disp.15.q.20.4* EXHEREDATUS QUOQUE, VEL QUI SE PATERNA HÆREDITATE ABSTINUIT, ITEM EMANCIPATUS NEC EX IPSIUS CONTRACTU, NISI ID QUOD FACERE POTEST, CONDEMNATUR. *l.49.ff.h.tit.* quod æquum & bonum esse dicitur, *l.1.ff. quod cum eo &c.* Acquisiit enim ex eo contractu, cum esset in potestate *l.1.§ si quis à patr. manumiss.* nunc facti sui juris, nihil capit ex bonis patris, durum itaque esset eum teneri in solidum. Quæritur, *An is conveniatur deducto ære alieno?* Negat *d.l. 49.ff.h.t.* ubi rectè vulgati Codices habent. *Ad similitudinem viri & patroni eum condemnandum.* (Dissvariè Holoand. qui legit: ET DETRAHENDUM: aliter Contius; NON CONDEMNANDUM: alii legunt; NON DETRAHENDUM) opp. *l.3.ff. quod cum eo.* Sed ea declarat potius quod dicitur in *d.l.49.h.t* additâ sc. exceptione non deducitur, quod debetur aliis creditoribus nisi postea contraxerint, quam is factus est sui juris. Primi creditores hanc deductionem boni consulere debent: quia admittuntur contra jus. Secundi autem judicio admittuntur mero jure ad agendum *inquit Duar. ad d.l.49 h.tit.5.* DONATOR ETIAM IN ID, QUOD FACERE POTEST, CONVENITUR; quod & D. Pius rescripsit *l.28.ff. de R.J.* ne videlicet liberalitate sua inops fieri periclitetur *l.50. de re judic.* Opp. solet *l. Nesennius. 41.ff.h.t.* quæ vult, in solidum posse eum conveniri, qui pro alio, cui donare volebat promisit. Verùm cum hoc privilegium personale sit *l. etsi fidejussor. cum seq. h.t.* & soli donatori contra donatorem competat, mirum non est, si in specie *d.l. Nesen.* non submoveatur creditor, cum is donatarius non sit. *Donator a. solus convenitur deducto ære alieno, reliqui non item* ratio est *in d.l.49 h.tit.6* MILITI QUOQUE ID PRIVILEGIUM DATUR *l.6.h.tit.* idque propter favorem militiæ. Q. AN DOCTORIBUS ET ADVOCATIS IDEM SIT LARGIENDUM? Affirmant communiter, quia militum appellatione continentur. *l. Advocatum C. de*

A [illegible] divers. jud. Zang. p. 2. c. 14. n. 7 N[illegible] quia [illegible] quæritur de iis qui sub armata militia militant. [illegible] cit huc elegans *Ciceronis pro Muran.* locus, hujus prærogativam indicans: Vigilas tu de nocte, ut tuis consultoribus [illegible] deas *(ait)* ille ut eò, quò intendit, mature cum exercitu [illegible] at: Te gallorum; illum buccinarum cantus [illegible] nem instituis; ille aciem instruit. Tu caves, ne tui consultores [illegible] le ne urbes aut castra capiantur: Ille tenet & scit u[illegible] piæ, Tu ut aquæ pluviæ arceantur: ille exercitatus est, [illegible] propagandis: tu in regendis. *Ob miserationem quoque* [illegible] *qui bonis cessit, si quid postea acquisierit. §. compensationes. Inst.* [illegible] *qui bonis ff. de cess. bonor.* Quæritur, *an hoc privilegium* [illegible] *sonis competens in alios unquam derivetur?* non in hæred[illegible] *dum. 25 h. t.* non in fidejussorem. *l. 24. ff. h. t.* quia p[illegible] cum persona extinguitur. *l. 13. ff. soluto matr.* at benè in procuratorem vel defensorem. *l. 14. ff. solut. matr l. 23. ff. h. t.*

VII.

Ad l. Imperatores. 35. eod.

Num sententia rescindatur propter instrumenta noviter reperta? Neg.

L. sub specie C. de re judic. cujus vim latius producit [illegible] *vers. 51.* ratio est, quia res judicata cõparatur transactioni. [illegible] enim ad finiendas lites pertinet. Transactio autem [illegible] novorum instrumentorum non rescinditur. *l. sub prætextu* [illegible] *C. de transact.* Nam ut *Baldus ait*: Transactione [illegible] ta annullata sunt. Ergò nec res judicata. Hinc & sæpe in [illegible] similis & æqualis vis conceditur rei judicatæ, cum [illegible] do. *l. 2. ff. de jurej.* Jusjurandum a propter hanc causam [illegible] scinditur. *l. admonendi. ibid. Dd. ff. de jurej.* Ergò nec res judicata. [illegible] Magnus & perpetuus in jure [illegible] finiendarum est [illegible] *de u, ucap. l. 7. de usufr. l. fratres. C. de Transact.* at si ob novi[illegible] menta reperta rescindi dixerimus sententiam, cõtra eam [illegible] rem pronũtiabimus, adeoq; litem ex lite seremus, non verò [illegible] emus, quo pertinet elegans *Cassiodori 1. variar. p. 5.* [illegible] n. dabitur (inquit) discordantibus pax si nec legibus [illegible] tis acquiescitur. 4. Res judicata pro veritate habetur. *l. 207. ff. de R. J.*

R. 7. idque propter summam judiciorum authoritatem, quod pluribus adductis exemplis *ad eam l.* comprobavit *Pet. Fab. nu. 9.* Non adversatur, *quod Ulpian ait.* veritati præjudicium non facere judicis sententiam, sed de veritate nihilominus quærendum esse *l. penult. ff. de his qui sunt sui vel alien. prout ibi. demonstrat. Faber,* a. opponitur *d. l. Imperat. 33 h. t.* quæ in negocio publico id concedit, verum quis tam ingenii rubiginosi est, ut non videat id per contrarium in privatis negotiis inhibitum esse *l. unic. C. de sentent. cont. fisc lat.* (*adde Duar. in d. l. 33. h. t.*

VIII.

Ad l. 48. eod.

Decreta à prætoribus latinè interponi debent.

d. l. 48 h. tit. circa cujus rationem laborant Seniores nostri *Bart* putat latinè interponi decreta nihil aliud esse, quàm verbis intelligibilibus ea proferre: à quâ sententiâ non multum abest *Alciat. 1 prætermissor:* dum sensum *d. l. 48.* hunc constituat, decreta latinè, id est, non barbarè & incomptè interponenda esse; à qua recessit. *in l. 1. §. final. n. 9. de V. O.* Utraque refutata est à *Walthero. 1. miscel 18* Rectè alii, hoc ideò constitutum putantes, ut latinæ vocis honos per omnes gentes venerabilior diffunderetur, nevè ullâ in re Toga pallio subjiceretur, undè & Magistratus P. R. Græcis nunquam nisi latinè responsa dedisse, refert, *Val. 2. c. 1.* (*Revard. 4. varior. 2. Walther. d. lo.*) quod postea imperio Bizantium translato ab Arcadio & Honorio immutatum legitur. *l. judices. C. de sent:* (*Duaren. ad d. l. 48. h. tit.*)

IX.

Ad l. 51. eod.

Si quis creditorem missum in possessionem rei servandæ causa non admiserit: & venditor præstiterit creditori, quanti ejus interfuit, quæsitum est, an debitor liberetur? & puto improbū eum esse, qui velit iterum consequi, quod accepit, *inquit Paul. in d. l. 51. §. 1.* quem textum variè præstantissimi, quique interpretati sunt (*Cujac. 12. obs. 23. Hottom. 5. obs. 29. Fab. 4. conjectur. 19.*) nos sensu suo quemq; abundare sinimus, casū eū constituimus. Titii debitores plures sunt creditores, qui petiit mitti se in possessionē bonorū

Titii latitantis; missio ipsis decernitur, Titio in contumacia perseverante ex secundo decreto bona ipsis adjudicantur, ... curatorem bonis vendendis constituunt. *l.9. ff. de curat. bon.* ... *tot. t. ff. de curat. bon. dand.* Postea & alius extitit creditor, qui ejus rei ignarus petit se in possessionem rei servandae causa mitti, quod & ipsi à Praetore conceditur: verum is non admittitur ab eo, qui venditor bonorum electus est, petit creditor quanti sua interest se admissum non esse *l.1. in pr. & §.5. ff. ne vis fiat ei qui in poss.* &c. idque & praestat venditor ex bonis vendendis ... quaeritur annè creditor ille possit adhuc suum debitum petere à debitore? dubitationem movit edictum Praetoris: Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, quod ejus factum ... missum non admisit *l.1. ff. ne vis fiat. juncta. l.3. §.13 de tab. exhib.* ratio decidendi fortior est, quia consequutus est, quod ... fuit, & quidem ex bonis debitoris; rationi autem ... ret, bis idem à debitore consequi.

X.

Ad l.6. quib. ex caus. in poss.

In possessionem mitti solent creditores, & si sub conditione eis pecunia promissa sit.

d.l.6. h. tit. l. creditorib. 4. ff. de separat. opponitur ... creditor conditionalis (*ait Paul.*) in possessionem non mittitur, qui potest bona ex edicto vendere: responsiones plurimas ... *re suo* Accurs. *vid. & Cujac. 10. observat. 32.* Sanior illa est, quae ... plici missione petitur, primi & secundi decreti, ex primo decreto missus saltem rei custodiam habet *l.3. 6. fin. l. 10. §. 1. de acquir. poss.* adeoque eam rectè petit conditionalis creditor qui & creditor est *l.10 ff de V.S.* Ex secundo verò decreto non rectè ... petit. Nam is demum ex eo rectè mittitur qui potest bona ex edicto vendere, *ut est in d.l. pen.* non autem vendere potest conditionalis creditor, quia contingere potest, ne conditio ...

XI.

Ad l. paterfam. 12. de privileg. cred.

Difficilem sensum creditur habere, *d.l. paterfam.* ...

alias 18. de reb. author. jud. cujus facti species hæc est. Titius pater instituit filium suum impuberem hæredem, eique Cajum, si antequã in suam tutelam pervenerit moreretur, substituit, is filius paterna hæreditate se abstinuit, ideoq; bona patris a creditoribus vendita sunt. Postea idem filius ab extraneo hæres instituitur, cujus quoque voluntatem ille agnoscit, verùm hæreditate adita moritur, eique succedit substitutus, quæritur hîc, An quẽadmodum in pupillum nulla crediroribus dari possit actio, etiãsi ei hæreditas obvenerit, sic & in substitutum nulla quoq; competat? & non competere is proponit, qui epistolam ad Javolenũ (notandum enim est, *d. l. paterfamilias,* ex libr. 1. epistolarum Javoleni esse, quo nõ animadverso subobscurior videtur, quâ in re magnâ cautione opus est, *ut ait, Duar. 2. disput. 28.* ut discernantur JCti verba, qui jus respõdet, à verbis ejus, qui epistolam scribit) emittit. 1. Quia nihil acquirit ex bonis paternis substitutus. Est per cõsequens nec ex eis onerari debet. 2. Quia nihil juris in bonis pupilli haberent creditores, eorumque nihil interfuit, adiretur hæreditas nec ne, quoniam ut maximè ea bona omiserit substitutus, non tamen ad creditores, sed ad hæredes pupilli ab intestato succedẽtes devenissent. Ereò nec occasione substituti adeuntis quicquam consequi debent, qui eodẽ cum pupillo jure utitur. Verum ut idem ait maximè illud videtur obstare, quod præceptoribus tuis (Sic enim Florentiæ & apud Holoandrum legitur, quod maximè confirmat, hæc esse verba cujusdam ex Jaboleno consilium petentis) placet, unum esse testamentum. Ratio dubitandi talis est, nemo potest partem testamenti acceptare, partem repudiare, est enim testamentum quiddam individuum. Nam & sic pro parte testatus quis decederet, & pro parte intestatus, quod juris ratio aversatur. *§. hæreditas. Inst. de hæred. inst. l. 7. ff. de R. J.* at patris & filii testamentum unum est. Et per consequens nõ poterit filii hæreditatem agnoscere, patris repudiare. Verùm ea non obstante, Respondi *inquit Jabol. (notandum nunc demum verba JCti incipere)* quod in filio impubere juris constitutum est, ne bonis patris venditis in eum actio detur, tametsi ei hæreditas postea obveniat; idem in substituto servãdum esse; quod enim nonnulli Codices additâ particulâ negativâ, NON SERVANDUM ESSE, habent, iis quæ sequuntur planè contrarium est: &

c[illegible] quidem primo rationi sequent[illegible] quoniam [illegible]
do [illegible] ut potius patris, quam [illegible]
(ait pro Quint. Cicer.) cujus bona ex edicto possidentur [illegible]
omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur [illegible]
parceretur pudori filii, si & ejus bona venirent, [illegible]
substituto possessa, quoniam & per substitutum [illegible]
juria, in cujus locum successit sub[illegible]
rationis objectæ tacitam continet responsionem, quia [illegible]
ex adventitio (sub[illegible]) acquisitum est, non per [illegible]
pervenit, concedit quasi unum [illegible] testamentum, [illegible]
pterea [illegible] hæreditas hæc reputari debet, [illegible]
Si quid ex testamento patris consecutus fuisset filius, [illegible]
substitutus ex superiore ratione [illegible]
pudiet, plane oneribus paternis uterq; sub[illegible]
stat hanc hæreditatem aliundè filio ob[illegible]
occasione paterni testamenti, quia in eo substitutus est [illegible]
paterno testamento, & his conveniunt quæ [illegible]
tia, *in vers. At cum.* in quo casum invertit, & ev[illegible]
bat, superiore casu omninò idem in substituto [illegible]
filio atq; ita negativam particulam nulla ra[illegible]
(Diss. Fab. 2. conject. 2.) Sensus hic est. At si substit[illegible]
adiverit, cum pupillus se paternæ miscuerit hæreditati, [illegible]
riò tàm patris quàm filii creditoribus tenebitur, [illegible]
mixtione [illegible] patris hæreditas cum hære[illegible]
que una & eadem facta est. *l. sed si plures. 10. §* [illegible]
ut enim liberum non est, ipsi pupillo post obligationem [illegible]
do contractam, si nō defendatur, puta, ætatis [illegible]
se, quin bona ipsius veneant, ita nec subst[illegible]
terit ut æs alienum patris & filii separetur, [illegible]
præde[illegible] obligatus fuit oneribus pater[illegible]
[illegible] potuit quidem pupillus restitui, at [illegible]
personalibus exceptionibus uti nequeat. *l.* [illegible]
itaque creditoribus in eum actio. Quod si sub[illegible]
tum non adierit, & pupillo proximiores [illegible]
rint, quæritur an id, quod pupillus [illegible]
dari debeat [illegible] Jabolenus du[illegible] rationes [illegible]
quæ pupilli bona [illegible] debent [illegible]

quia non est in bonis patris, quod pupillus acquisivit, atque posteriorem hunc casum ita explicandum esse benè censet *Henric. à Suerin. recept. lect. 40.*

De Interdictis.

XII.

Ad l. 1. quor. bonor.

An interdictum QUORUM BONORUM *detur contra eum, qui pro hærede, vel possessore usucepit.*

Negant id *Bartol. Bald. Salicet.* quos refert & sequitur *Menoch. 1. adipisc. remed. 52.* moti *d l. 1. ff. quor. bonor.* ibi: *Si nihil usucaptum esset*: quæ verba possunt referri vel ad personam ejus, quem Prætor inedicto alloquitur, ut sensus sit, si nihil à te usucaptum sit, vel personam ejus, in quem facta est alienatio, ut sensus sit, si nihil usucaptum esset ab eo, in quem alienasti. Priorem sententiam comm. Dd. sequuntur, quam & hæc ratio confirmat, quod petitio hereditatis non detur adversus eum, qui justo titulo & privato possidet *l. hereditatem. C. in quib caus. cess. long. temp. præscript.* Atqui usucepit, jure dominus rei effectus est, quam ob causam maximè justo & privato titulo possidet. *Institut. de usucap.* Ergò hoc interdictum dabitur. 2. Si is, qui rem usucepit, eam non possideret, habet ad eam persequendam actionem. *l. in rem ff. de rei vindicat*, quare si rem usucaptam possidebit, multò magis habebit exceptionem ad eam retinendam. *l. invitus. §. 1. de R. J. l. 1. de superfic.* (*Don. ad rub. C. h. t. nu. 8.*) verùm ei sententiæ adversari videntur cum verba *d. l. 1.* tum juris ratio: verba enim illa. ET QUOD POSSIDERES, SI NIHIL USUCAPTUM ESSET, privationem supponere videntur in personam rei conventi. Si enim ipsum usucepisse fingamus, non sanè eo oportuit modo edictum concepisse, ET QUOD POSSIDERES. Verum rectius per verbum præsentis tẽporis, cum is qui usucepit non possederit, sed nunc vel maximè absolutâ usucapione non solum possessor, sed & dominus eius rei esse incipiat *l. 1. de usucap. l. 20. C. de pact.* juris ratio est, quam explicat

plicat *Donell.d.loc.* quare dic. *inquit*, vacillans *Glos.in d.l.1.* non usucaptum ab eo, qui convenitur, sed à quodã tertio, quã conse quor.

XIII.

Ad l.1.§.5. quorum legatorum.

Num interdictum QUORUM LEGATORUM, *contra donatarium competat?*

Difficilis hæc iuris quæstio est, *Menochio 2. Remed. adipis. poss. n. 80.* & variè de eâ locuti sunt Patres illi ant iquiores, *in d. l.1. §.5. h.t.* *Cujac. 16. observat. 28.* justam hac in parte inter legata & mortis causa donationes differentiam constitui debere contendit, cui tamen expressissimè *d.l.1.§.5.h.t.* contradicit. *Cujac.* eam accipit de casu traditæ rei ab ipso donante, quod equidem non accipio, generalitate *d l.1.§.5.* motus, quæ vim non in traditione factâ ponit, sed in eo, quia ipso jure portio legis Falcidiæ apud hæredem manet, etsi corporaliter res in solidum translatæ sint: Ubi enim Falcidiæ detractio cessat (*ita enim ponenda erit ratio JCti*) ibi quoque cessare dedebit interdictum quod legatorum; at in casu nostro ea cessat, quoniam ipso jure illam retinet hæres. Ergò & ex hinc apparet responsio ad argumentum *Cujac.* qui vult ut in aliis, sic & hoc in casu donationes legatis æquiparari, nam & in aliis differunt, *De quibus Glossa in §.1.Inst.de donationibus* & in casu nostro ostendit, *d.lo. Menoch.nu.81.*

XIV.

Ad l.3.§.fin.de Tab.exhibend.

Interdictum de TABULIS EXHIBENDIS *& post annum competere constat.*

d.l.3.§.fin.h.t. Imò (*inquit Cujac.16. obs. 28.*) non constat, namque id Paul: facit *annale 4. sentent. 7.* qui vult interdicto reddito intra annum agi debere, quocirca ex Paul. huic textui *l.3. §.fin.* negationem addit. *Et post annum non competere constat*, quam si non admiseris argumentabitur contra te *Cujac.* Vult. Ulp. *d.l 3.§. fin.* id constare, atqui constare id dici non poterit, cujus contrarium eodem tempore ipsi coætaneus Paul. d.t. 7. scripserat, quinimò

mò sequentia *Cujacio* huic rei argumentum præbent. *Sed & heredi (inquit Ulp. d. §. fin.) cæterisq; successoribus competit*: quæ sanè adderentur frustra, si in præcedenti versiculo interdictum & post annum competere dixisset, cum notissimum sit, interdicta perpetua & successoribus competere. Verum *Cujacio* adversatur 1. constans omnium liberorum lectio. 2. quod Ulpianus dicit *in l. 1. in fin. ff. de interd.* Interdictorum quædam annalia sunt, quædam perpetua, nulla autem ratio est, cur non hoc ad perpetua referamus, quinimò, *si Accursio credimus*, perpetua illa erunt, quæ non ex maleficio, sed rei persecutionem habent, quod optimè de interdicto de tabulis exhibendis dici poterit; nec enim ex maleficio simpliciter oritur, sed ex eo, quod cum alicujus intersit propter relictum sibi quid in testamento, tabulas testamenti exhiberi is ab eo, penes quem hæ sunt, quoquo modo ad eum pervenerint, illo interdicto petat, eas exhiberi. Nam licet id in se persecutionem rei non contineat, tamen quà parte præparatorium est eius actionis, quâ postea rem persequi volumus, id quoque ad rei persecutionem spectare intelligitur (*Robert. 1. recep. lect. 29.*) nec prima ratio *Cujacii* quicquam movet, nam *si Robert credimus* hac in re non alia mens est Paulo, quam Ulpiano fuit: cum enim Paul. dicit, interdicto reddito intra annum agi posse, id saltem vult innuere, post concessum vel petitum interdictum intra annum agi posse & debere, ergò post annum competit, scilicet ratione petitionis, verum petitio & dato interdicto intra annum agendum erit, quod *Cujac. d. observat. 28.* valdè ridet, nam & alioquin redditæ *(inquit)* actiones civiles aut Prætoriæ, quæ sunt perpetuæ non durabunt post annum. An vero aliâ ratione dicuntur interdicta perpetua, alia, actiones? sed hoc quicquid sit, litem dirimet penitius inspecta *l. 3. §. cum procurator ff. de vi arm at. l. 7. §. Julianus. ff comm. divid* Cujacius id probare debuerat, cur Ulpianus potius secundum Paulum quam per contrarium Paulus juxta Ulp. emendandus esset, quod posterius ex eo longè verissimum est, quia Ulpiani sententia à compositoribus iuris recepta & comprobata est. Pauli verò reiecta. Non quoque altera *Cujac.* probatio quicquam facit, quia explanationis causa id saltem additum est, ut in simili videmus factum, *l si verò. §. hac autem actio. vers. & her. ff. de his qui dejecer. vel effud.* XV.

Ad l.1. ff. uti possidet.

Interdictum UTI POSSIDETIS *dejecto non competit.*

Quia interdictum uti possidetis possessorem tuetur & vim fieri vetat, atque ideò semper & ubique prohibitorium, nunquam restitutorium interdictum appellatur, *l. 1. ff. uti poss. d.* qui a. dejectus est non possidet, quia possessionem amisit, *l. naturaliter. ff. de usucap.* nec enim communis Dd. opinio recipi potest, quam sequitur *Menoch. tr. de retinend. poss. remed. 3. n. 35. Wes. in tr. h. t. n. 5.* dejectum civili possessione privatum non esse, quoniam civilis possessio non ab animo definienda est, quod perperam putarunt Dd. & latius refutavimus disputatione proxima & nihil affectus atq; animus possidere volentis, ad possessionem retinendam facit, si alius eum vi deiecit. *l. arbor. §. de illo de usufr.* deiiciens enim possessionem nunc occupavit, quam ipse ut maximè coactus, suâ tamen voluntate deposuisse censetur *arg l. 21. §. 5. ff. quod met. caus.* inde est, ut qui in prædio vinctus detinetur, animo possessionem habere negetur. *l. 1. §. pen. ff. de vi & vi arm.* qui ut maximè fingeret sibi animo possessionem, jus tamen ejus possessionem non agnoscit, quod absurdissimum esse putat, & rationi contrarium, duos unam & candem rem insolidum possidere, *l. 3. §. ex contrario ff. de acq. poss.* atque hinc non ineptè dicemus factum, quod JCtus in *d. l. 3. §. quisi ff. de acq. poss.* amissionem possessionis, quæ per dejectionem contingit ei quam quis liberâ voluntate dimittit, comparat, quo fit, ut condictione, quâ dari nobis petimus, possessionem repetat *l. 2. de condict. tritic.*

XVI.

Ad l. un. ff. de remiss.

Magna est quæstio, quando utilis, quando inutilis sit remissio, cui occasionem præbuit varia *d. l. un. de remissionibus* lectio, ego putarem rectius in vulgatis Codicibus, legi insequenti modo. *Et verba Pratoris ostendunt, remissionem ibi demum factam valere, ubi nuntiatio tenet, & nunciationem ibi demum voluisse Pratorem tenere, ubi nuntiandi jus prohibere ne se invito fiat,* ut sit sensus, remissionem (quam rectè finit *Cujac. hic* abolitionem nuntiationis novi operis à

ris à Prætore factam) tum demum utilem esse & valere, ubi nunciatio utilis est & valet, nunciationem tùm valere, cum jus nuntiandi competit, quod prius quoque comprobat, *l.1. in pr. ff. de oper. nov. nun.* si modò demptâ negatione legatur, ut multis in Codicibus concepta est, & ratio juris efflagitat, si n. certum est, nunciationem inutilem esse, non opus erit remissione, quinimò impunè ea sperni poterit, unde si usufructuarius domino novum opus nunciaverit, inutilis erit remissio *d.l.un. §. item Juliano. h.t.* eâ ratione, quia ei novum opus nuntiare non potuit, sed si opere ædificando deterior fiat usufructus, eum petere debebit *l.2. ff. de oper. nov. nunt.* quinimò remissio renunciationis privatio est, ne illa teneat, privatio autem præsupponit habitum. Non autem habitus ille privari, dici potest, qui nullus est, aut jure non est, *arg. l.6. ff. qui satisd. cogant.* fallitur ergo virorum eruditiorum ocellus *Cuj. 1. observ. 6.* qui principia hæc vocat. Ubi nunciatio tenet *(inquit)* inutilis est remissio. Contra ubi nunciatio non tenet remissio est utilis, nam verbis conceptis alterum propositæ quæstionis membrum infringit, concedunt omnes, nunciationem ibi demum tenere, ubi jus nuntiandi competit nuntianti *d.l.un. h. tit. l. 1. §. juris nostri & passim, de oper. nov. nun.* Ergò si jus nuntiandi non competit, non valet nunciatio. Et per consequẽs remissio cessabit, quod & edictum Prætoris manifestè confirmat. Ait Prætor quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat in eo, nunciatio teneat, cæterum nunciationem remissam faciet *d.l.un h. tit.* & expressius evincunt verba sequentia in *d.l.un.* Cæterum *(inquit Ulp.)* sive satisdatio interveniat, sive non, remissio facta hoc tantùm remittit, in quo tenuit nunciatio, quibus verbis nihil clariùs dici aut adferri quicquam potuit si remissio illud saltem remittat, in quo tenuit nuntiatio: non itaque cum *Cujac.* probè dicemus inutilem esse remissionem, ubi nunciatio tenet, & quæ quæso alia dabitur ratio, cur si usufr. novum opus vicino nunciaverit, utilis sit remissio, quam quia nuntiatio tenet *l.1. §. ult ff. de oper. nov. nun. d.l. unic. h.t.* quo circò nec necesse est cum *Cujacio* verba illa UTILIS & INUTILIS *in d.l. un.* commutari, & alterum in alterius locum substituere, quod si fieret, nulla est scientia, nulla disciplina juris, *verba sunt Cujacii.*

DISPUTATIO VIGESIMA SECUNDA.

Quam

Publica censura in Auditorio JCtorum exponet

MICHAEL TRILLERUS SANGERSHUS.

Thesis I.

Ad rubric. Tit. de Verbor. Obligat.

Num stipulationis usus aliquus hodiè reliquus est?

NEgat *Molin. ad rubr. h. t. n. 24. & seq. Connan. 1. com. 6. Ant Gomez. 2. resol. 9. n. 3.* qui aut nullum stipulationis robur hodiè esse autumant, aut sanè non majus, quàm cujusvis nudæ pactionis, propterea, quod hodiè fere utamur Jure gentium quo jure tantum pacta, & alii certi casus, sunt recepta.

Verùm ratio usus vè nobis contrarium suadere videtur: quando etiamnum conservari hunc contractum per jus civile nec abolitum eo ipso probatur, quia contrarium ejusdem non apparet *arg. l. sancimus. C. de testament. l. præcipimus. C. de appellat.* In ò ne substantiam quidem eius transmutatam videmus, *l. omnes 10. C. h. tit.* Sed tantùm declaratam, usumque ejus longè uberiorem factam. Nihil ergò *Molin. Connan. &c.* autoritate movemur, quia extra jus Regium (*de quo intelligi possunt*) secundum statutorum Regulas non admittenda *arg. l. fin. de jurid. l. 1. C. de susp. tut. e. ut animar. de constit. 6. Geil. 2. observat. 24. n. 4. & seqq.* Nec indè magis exterminabitur nostra stipulatio, quod tradunt Canonistæ ex quolibet pacto jure pontificio oriri vel actionem vel officium

cium judicis. Quod etsi largiamur (de quo tamen iam non inquirimus, sed *Bal. ad l. 6 de pact. Alciat. l. 5. par. 3. & Bocer. ad l. 23 c. 1. n. 8. de R. J.* discutiendum relinquimus) non tamen per id ius civile correctum sequetur: Nec enim ius illud Canonicum extra forum Pontificium trahendum ad forum politicum, quamvis id commune Canonistarum placitum sit, eo moti, quia peccatum concernat, & in materia peccati ius Pontif. sequendum in utroque foro. Quod absolutè verum non esse, benè demonstrat *Alc. ad rubr h. t. n. 16. & seqq.* DE UTILITATE ET NECESSITATE (quamvis hanc vocem execretur cum *Socino Coras. 1. misc. ult.*) vide *Ferret. in rubric. h. tit. num. 22. Schneidew. Institut. t. de V. O. ibid. Vult. Donell. ad Rubr. n. fin.*

II.

Ad l. 1. §. 2. si quis ita int.

Stipulationes inutiles ne naturaliter quidem promissorem obligant.

L. 1. §. 2. ubi Bart. Alber. Coras. Donell. & communiter Dd. 2. quia animus paciscendi defuit. Etsi enim pactum nutu contrahi possit *l. 2. 4. ff. de pact.* Non tamen satis est nutum esse factum, signum datum, nisi simul paciscendi animo factum sit *l. 7. §. 12. d. t.* præsertim quando (*Galeno teste lib. 2. de decret. Hippocr. & Plat.*) aliqui sunt, qui inclinato capite dissentiunt. 3. quia idem in constituto obtinet *l. 1. §. 4. ff. de const. pec.* Diss. *Accurs. ad l. 27. §. pen. de pact. Duaren in d. l. 1. Zas in pr. h. t. num. 10. Grazia ad l. 6. de pact nu. 3.* quod nutus hic consensum contineat, qui nihil nisi pactum efficiat. *l. 1. de pact. l. 3. de pollicit.* Sed veritas huius patebit satis ex secunda negativæ sententiæ ratione. Nec magis urget *l. 35. in fin. h. t.* Erat enim ibi stipulatio accessionis loco. Non ergò si stipulatio deficit, continuò principalis conventio deficit. *argum. c. accessorium. de R. J. in 6.* &c.

III.

Ad eund. §.

Num stipulatio hæc, Dabis? Dabitur. *valeat? Affirmo.*

Est qui-

Est quidem vis magna verborum concinnium & aptorum in stipulationibus, quæ tamen non eò extendenda, ut contra vim & mentem eorum quicquam valeat. Verbis inspectis hæc stipulatio DABIS; DABITUR, nonnihil vacillat: Nam & ea in hunc sensum torqueri possunt DABITUR scilicet ab alio, vel in hunc, scilicet à me Et ut prius accipiamus, Regula veterum efficit, quæ in stipulationibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretari jubemur *l. 38. §. in stipul. 18. de V. O.* quod & communiter placuit. Sed hunc sensum ne admittamus, efflagitat id, quod dici solet, alteri neminem stipulari, aut de alterius facto quicquam promittere posse *l. 38. §. alteri h. t.* quod hic tantò certiùs statuendum erit, cum persona nulla stipulationi vel dationi inserta sit. Posterior ergò sensus congruentior erit, quia placuit contra eum ambigua vel obscura verba interpretanda esse, qui legem apertius conscribere potuit *l. veteribus. 39. de pact.* qui in casu nostro is est, qui respondet: & obscuritas, si qua est, lucem illa accipiet ex præcedente interrogatione. *§. præterea. Inst. de inut. stipul. l. si sine. §. qui interrogatus. ff. de interrog. in I. f.* non enim qui stipulatur, ab alio, sed ab illo stipulari censetur, quem interrogat *d. l si sine. §. qui interrog.* Unde & dici solet, rescripta ambigua declarari ex precibus impetrantium antecedentibus. *l. 1. C. de diver. rescript.* & apertius in verborum obligationibus traditum est in *l. Titia 134. §. idem respondit h. tit.* Opponi solet *auth. si quando. C. de constit. pec.* de qua videndi *Don. & Cujac. ad l. 5. h. tit.*

IV.

Ad d. l. 1. §. 4.

Si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta.

d. l. 1. §. 4. h. t. Interrogationi congruere debet responsio *l. 1. §. 3. h t.* Interrogatio autem in viginti, responsio in decem concepta est. Ergò inutilis erit stipulatio. R. Ulpianus congruere summas, hoc est, interrogationem cum responsione, oportere. Nec in proposito aliter fieri: manifestissimum enim est, in vigint. decem esse,

idque

idque vi & potestate quantitatum ac summarum, quæ ab invicem essentia differunt, qui enim stipulatur 20. stipulatur 10. & 10. sive igitur 20. sive 10. promittantur, semper id promittitur, quod in stipulationem deductum est. Sunt autem quodammodò duæ stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per inutilem *d.l.1.§.5.h.t.* Cujac. aliò deflectere hæc conatur, nec thema admittit, nisi diversitas responsionis illicô placuerit. *d.l.1.§.3.* quod falsum est. Si enim diversitas responsionis illicô stipulatòri placeat, non ex eo valet stipulatio, quia in viginti decem insunt, quæ ratio JCti est, sed quia superveniens stipulatoris approbatio eam confirmat *d.l.1.§.3.* Cujac. in eam sententiam pertraxit. §. *præterea. Inst. de inut. stip.* qui tribus modis opponit se responso nostro, *inquit Ferret.* 1. quia ad interrogata non respondet, qui decem promittit. 2. quia propriè *(ait)* si decem quis stipuletur. & quinque promittantur, vel econtra, inutilem esse stipulationem. 3. per comparationem, quando quinque promittantur, ac petuntur decem, & quando interrogatur sub conditione, & respondetur purè. Duobus enim comparatis in eo, de quo agitur, quód in uno dicitur, habet locum in alio *l. nam hoc iure. ff. de vulg. & pup. subst.* At illo modo stipulatio est inutilis *l. 1. §. 3. h.* Ergò & hoc Ad primam objectionem responsum est. Ad secundã pleriq; veterum notàrunt, inutilem esse stipulationem respectu summæ excedentis, at respectu summæ convenientis valere. Ad tertiam dicendum: artem imitari naturam. §. *minorem. Inst. de adopt.* quemadmodum enim, si quis propè ignem ponat lutum & cæram, ignis liquefacit penitus cæram, è luto verò expellit superfluum humorem, lutumq; indurat. Ignis est determinatio, lutum & cæra determinabilia, non tamen uniformiter determinantur, sed ut subiecta materia patitur. Sic stipulatio sub conditione facta, & promissio pura, cum stipulatione nostra quidem determinatur, non tamen eodem modo, prior ut cæra in totum liquescit, quippe cum nulla parte reperiatur interrogantis & promittentis uniformis consensus, quæ materia stipulationis est. Ex posteriore autem superfluus humor tollitur, hoc est, pro eâ parte, pro qua partes consenserunt, valet stipulatio: pro ea verò, qua dissenserunt, corruit. Opp. quoq; *l. si decem ff. locat.* quam resolves ex eruditissimis *Duareni ad.l.1.§.4,* commentariis. Locum Caii quod at-

tinet *in Instit. tit. de obligat. lib. 2.* Dico nondum mihi constare, quisnam ille Caius fuerit. Et si maximè constaret, illum esse, quem Justinianus SUUM appellat alibi, non tamen contra rationem iuris autoritas non recepta quicquam proficeret.

V.

Ad l. 9. si Titius & Sejus h. t.

Hanc l. nonnulli (*Paul. de Cast.* eam mirabilem vocat, Zas. à Rethoribus inter asystata, & à Logicis inter insolubilia numerari posse affirmat) referunt ad impossibilitatem perplexi, quod ita in se revolvatur, ut exitum habere non possit *arg. l. repugnantia. de R. J.* Nam cum Titius & Seius separatim à me stipulantur. *Illum fundum, si illi non dederis, mihi dare spondes?* Si alter petat à me fundum, quod alteri non dedi, respondere perpetuo potero, adhuc expeditum non esse, an alteri dare velim. Idque eò, quia committi non possit stipulatio, quam certum esse cœperit, fieri non posse, quod conditione comprehensum est *l. 115. §. item si quis. h. t Pet. Peck. ad c nemo potest, n. 6. de R. J. in 6.* Sed dicerent aliquid, si fundus ille desineret dari posse hoc uno tantum modo, mortuo Titio vel Sempronio, nobisque in h. l. alius modus non proponeretur. Magis ergò est, ut nullam hic agnoscamus perplexitatem ob tacitam contrahentium voluntatem, quæ hæc est, ut intelligatur hæc stipulatio reciproca, SI NON DEDERIT, CUM POTUERIT, & usque ad litem contestatam in potestate sua habet, utri dare velit, ut se obligatione liberet, *l. si Insulam h. t. Duaren. h. n. l.* Si verò stipulatorum alter alterum prævenerit, & cum promissore litem contestatus fuerit, non possit amplius se liberare solvendo utri velit, sed necesse habet actori dare, quia litis contestatio est quædam novatio *l. aliam 29. ff. de novat. d. l. si insulam.* Nec verò etiam *Accurs. & Bart.* sententiam admittimus, existimantium, Conditionem quidem *in h. l* nondum fuisse impleram, sed tamen rarum non esse, ut & antè impletam eam judicium suscipi possit, per *l. nuda. C. de contr stipulat. l. cum quærebatur. ff. iud. solvi.* Quæ est communis Pragmaticorum opinio, *teste Jason ad l si prius. nu. 18 ff. de nov. op. nunc.* quàm benè refutat *Donell. hac n. l. n. 8. & seqq.*

VI.

Ad l. 16. h. t.

Si Stichum aut Pamphilum stipulatus sim, & Stichus ex his meus factus sit ex aliqua causa, an promissor Stichi aestimationem offerendo liberetur?

Voluit illud *Glossa magna in d. l. 16. vers. reliquum h. t.* quam sequuntur *Ferret. Duar. Cujac. Donell. Charond. ibid.* quorum sententia impugnatur, 1. Ex. *d. l. 16. h. tit.* quae vult. reliquum deberi. Et ut rectè *Glossa parva.* adjicit. PRÆCISE. Nec curo *Bart.* qui adjicit eam non esse bonam. 2. Probat id manifestè *l. Stich. aut Pamp. 95. ff ad l. Aquil. in vers.* QUEM NECESSE HABEO DARE, quod & pressius inspecta ejus specie apparere cuivis poterit. 3. Ex omni obligatione id praestandum est, quod debetur. *pr. Inst. quibus mod. toll.* At in casu nostro vel Stichus vel Pamphilus debetur, non etiam aestimatio. *l. si ser. 91. in fin. de V. O. l. 1. ibid gl. de act. empt.* Ille autem praestari nequit, quia eum habeo. Ergo Pamphilus praestandus erit. 4. Aliud pro alio invito creditori solvi nequit *l. 2. §. 1. de reb. cred.* Aliud est autem aestimatio Stichi, aliud Pamphilus. Ergò. 5. Stipulatio haec, *Stichum aut Pamphilum dabis*, sub hac conditione contracta censetur ut Pamphilus detur, nisi Stichus praestetur, *l. cum ita legatur. in pr. ff. de opt. vel elect. leg.* Illi autem in casu nostro locus factus est. Ergò 6. fac. *l. Stich. aut Pamp. 95. §. 1. de solut* Et quid obstaret? Animadverto illud nostros in transversum rapuisse: quod promissor in hoc genere promissionis ab initio habuerit ius electionis *l plerumque ff. de I dot.* Hoc autem illi invito auferri nequit. Quam argumentationem admitterem, si electionis jus salvum promissori etiam alienato Sticho permanere probatum fuerit: quod negat *l. Stich aut Pamp. 95. §. 1. de sol.* Quod si (*inquit*) promissoris fuerit Electio defuncto altero, qui superest, aequè peti poterit. Nec natura electionis nos aliter dicere patitur, qui enim electionem habere dicitur, potest uno amisso alterum retinere. At in casu nostro, ut maximè vellet retento Pamphilo Stichum solvere, id non poterit, quoniam is semel stipulatoris factus fuit. Nec dices aestimationem succedere loco Stichi,

quoniam vel ille stipulatoris factus est ex causa lucrativa, & prohibebitur ex alia causa æstimationem præstare, ne sc. duæ lucrativæ causæ circa unam & eandem rem concurrant. §. *si res aliena Instit. de leg.* Vel ex causa onerosa, & hoc in casu propter Stichi pretium, quod habet promissor, censetur omne jus electionis repudiasse *arg. rationis l. 4. ibi: Nam cum alieno &c. l. 27. §. qui suspectam ff. ad Trebell. 2.* oppon. *l. cum res 47. §, Sed si Stichus. de leg. 1.* de qua v. *Ant. Fab. 2. conject. 15.*

VII.

Ad l. 21. si divortio.

Causæ falsitas stipulationem non vitiat.

L. 21. h. t. ubi Zas. Alc. Donell. (in qua non recipienda *Cujacii* interpretatio , verba *Dotis nomine* pro demonstratione , non causa accipientis, ut rectè demonstrat *Donell. h. n. 2.* ex ratione, natura atque usu verborum) 2. quia idem in legatis obtinet *d. l. 21. in f. l. 17. §. quòd autem l. 33 ff de cond. & dem. § longè magis. Instit. de leg.* Argumentum v. à legatis ad stipp est reciprocum *Jas. & alii ad d. l. 21.* nisi diversum specialiter reperiatur *Gæd. in tr. de con. stip. c. 3. n. 69.* Nec refragatur *l. 1. 3 ff. de cond. sin. caus.* ubi sine causa promittens, obligationem condicit. Refert enim qualis sit causa falsa, propter quam quis promisit, Utrum ea, ex qua, si vera esset, cogeretur dare, an verò ea, ex qua non cogeretur, ut illo casu vera sit, *l. 13.* non vero posteriore *l. 1. ff. de cond. in d. l. 82. de R. J. l. 65. in sum. §. 2. de cond. ind* Nec urget *l. 2. 8. C. de cond. ob cau.* Rectè n. à *Donell. h. nu. 7. Gæd d. l. n. 62.* distinguitur inter causam preteritam & futuram. Sic minus ad rem facit *l. pen. §. 4. sol. mat.* ut *Duaren. C Donell. d. l.* docent.

VIII.

Ad l. 26. Generaliter & l. 27.

Stipulationes turpes an ipso jure inutiles, an verò J. Civ. ita validæ, ut exceptione doli mali, aut in factum opposita infirmandæ sint.

Exceptio-

Exceptione elidendas affirmat *Cujac. h. per l. pen. ff. de cond. ob turp. caus. l. 1. C. eod.* Negat post *Ferret. Don. h. n. 3.* quia nullius momenti esse dicantur ea, ad quæ impugnanda non sit alio auxilio opus, ut fit in *l. 31. non solum de O. & A. l. 1. §. 3. Quæ sen. sine app. resc. 2.* Quia stipulatio turpis ab initio non valere dicitur ab initio nulla esse *l. 123. h. tit. l. 7. Juris gen. §. si ob malef. de pact.* Ad *d. l. pen.* distinguit *Donell. & Bart. Salic.* inter causam turpem expressam & tacitam. Cui omninò assentiendum foret, si *d. l. pen.* difficultas commodè sic evitari posset, in qua tanquam velut in visco (*inquit Ferret ad d. l. 26.*) hærent nostri interpp. & cuique peculiaris ad eam fingitur responsio; Ut nec *Donell.* satis probabilis videtur. 1. quia divinat. 2 quia quando vitium in causa est, nihil refert. an exprimatur, an taceatur *arg. l. cum lex. 46. ff. de fidejuss. l. pacta quæ contra. C. de pact.* Postremò. nisi reddas rationem diversitatis, aut id lege notanter dictum sit, par est causa expressi & taciti. vulg. *l. cum quid. ff si cert pet.* Vero igitur magis consentaneum arbitrabor, si *Duar. ad d. l. 26. distingu. ex Boc. in disput. de cond. indeb. th. 18.* ita explicavero: Ut si promissio naturaliter turpis sit, nec ll. expreßè prohibita, tum petentem doli mal. exceptione submovere possis *d. l. penult.* Sin verò civiliter turpis, ipso J. nulla sit obligatio *l. si stip. 19 l. 35. si stipulator §. 1. l. stipulatio. 61. de V. O. l. 4. C. de inut. stipul. l. cum donationis 34. C. de transact. l. 5. C. de pact. conv. l. 15. C. de pact. arg. l. non dubium C. de LL.* Vel si detur actio, sub ambiguo, non tamen de futura sit exceptio *l. 134. Titia h. tit* Ad quam refer, quæ benè ad eandem Ref. *Donell. d. l. in fin.*

IX.

Ad l. 38. §. alteri.

An ne jure Canonico quidem efficaciter alteri stipulari poßimus?

Negant communiter Canonistæ: ut copiosè alleg. V. apud *Ant. Gabr. conclus. lib. 3. commun. opin. t. de V. O. n. 65. & 66.* quia ex tali stipulatione, qua alteri stipulamur, etsi non civilis, naturalis tamen oriatur obligatio *gl. ad d. §. alteri.* Jus verò Canonicum vel maximè naturalem tantùm obligationem attendat. *c. 1. ext. de*

pact. Sed rectius est, ut ne jure Canonico quidem aliud dicamus: ita ut ne eo Jure quidem naturalis oriatur obligatio. 1. quia paciscendi animum contrahentes non habuerunt: *de quo supra th. 2.* 2. quoniam lex resistit *d. §. alteri.* at resistente lege, non potest oriri naturalis obligatio, *secundum Bart. in l. cum lex ff. de fidejuss l. si non sortem. in pr. de cond. ind.* Quod autem lege prohibente non oriatur naturalis obligatio, ratio ea est, quia illa est de Jure gentium. *l. Stichum. §. naturalis. ff. de solut.* Sed de jure Gentium magistratui legibusvè parendum est *arg. l. 2. ff. de iust & iur.* Contrahens ergo vel alteri stipulans contra legem facit hoc, quod est contra Jus Gent. Ideò non obligabitur, ut in diverso casu argumentatur *Sichard. ad l. 6. C. de pact.* Cui adde *Gœd in tr de cont. stipul. c. 10. num. 14. & seqq.*

X.

Ad l. 41. Eum qui Cal. §. 1. quotiens.

Ex stipulatione pura statim agi potest.

L. 41. §. 1. Venit enim cessitque dies *l. 213. de V. S.* Hinc pura dicta, quia vacua & libera est à temporis obligationem differentis adjuncto, *2. §. omnis. Inst. eod. l. eum qui 56. §. ita stipulatur. eod.* Et merito: causa enim ubi præsens, ibi effectus, ut præsens fit necessè est. *arg. l. 1. in f. ff. quod quisque iur.* Centum ergò, qui purè sibi stipulatur, confestim eadem exigere potest. Maximè quando idem & in legatis obtinere videmus *l. 5. §. 1. l. 21. in pr. ff. quand dies legat. l. 75. in fin. ad SC. Trebell. Cujac in d. §. omnis. & l. 41. ibidem Donell. n. 29. & seqq. Pet. Fab ad l. 14. de Reg. J.* A quibus discedunt *Bartol. & vulgo DD. in l. 105. de solut. Dec. in d. l. 14. Schneidw. ad d. §. omnis.* Qui variè in tempore definiendo dissentiunt, quibus inter alios egregiè satis factum à *Donell. d. l.* putamus.

XI.

Ad l. 72. Stipul. non dividuntur vers. Cels.

In faciendis obligationibus promissor minimè ad factum obligatus est, sed præstando interesse liberatur.

Com-

Commune Dd. placitum hoc esse testatur *Soar. in thesaur. comm. opin. lit F. n. 3.* (vide *Donell. ad l. 13. §. 1. de re iud. & ad l. 72. nu. 24. & seqq. Gœd. in tr. de cont. stip. c. 9. n. 16. & seqq.*) Quam ex eo probat *Duar. h.* quod incivile crediderunt veteres, atque adeò servile quodammodo esse, quenquam ad faciendum posse cogi. *arg. l. 2. ff. de lib. hom. exh. l. Titio centum 71. ff. de cond. & dem.* Deinde manifestè probatur *h. n. l 72.* ubi id, quod fieri stipulati sumus, factum non fuerit, pecunia vel justi facti æstimatio (quod hic est ipsum interesse) dari oportet. Huic consentit *l. 13. §. 1. de re iud.* quæ generalem & parem omnium faciendi obligationum conditionem & naturam facit: ut idem quoque ex *l. si pœnam 68. l. quoties quis. 81. in pr. & l. 112. §. ult. h t.* videre est. Et quamvis id quod interest, expreßè in stipulationem deductum non est, vi tamen ipsa & effectu in eandem venit, & ut loquitur *d. l. fi.* in ea continetur. Duo namque facti verbo continentur. *argument. l. 6. de servis exportand. l. 4. Digest. de usur.* Actus ipse, deinde effectus, id est, utilitas, quæ ex actu percipitur, quæ nihil aliud est quàm id quod interest nostra aliquid fieri. Primum verbis apertè, alterum potestate verbi continetur. Quod adeò verum arbitramur, ut commissa stipulatione non utrumque (*ut voluit Bart. Castrens. in l. 72. Robert. 1. animad. 17. vers. hoc igitur prat.*) sed solum id quod interest, in obligatione versetur, 1. quia *in n. l. 72. in f.* dicitur *Pecuniam dari oportere*, quod necessitatis. Sed quæ hæc esset necessitas, si ejus præstationem reus, factum eligendo, evitare posset. 2. *arg.* penus legatæ *l. 1. §. 8 l. Item si. ff. ad l. Falc. l. 1. ff. de pen. leg. l. cum sine ff. quan dies leg. 3.* quia *in l. ult. ff si quis in ius voc.* dicitur in id quod interest *agendum esse* Non ergò in agentis potestate, sed Juris necessitate hoc totum positum est. Circa quæstionem dissentiunt *Martinus, Cujac. in d. l. 72. Coras. 2. misc. 3.* Quorum argumenta partim ex *suo* partim *Donell.* judicio recenset & resolvit *Gœdd. d. l. nu. 50.*

XII.

Ad l. 74. Stipulation. quædam.

An duplex condictio certi, alia generalis, alia specialis?

Neg.

Neg. *cum Mynſ. ad §. ſequens. Inſt. de act. n. 8. Don. ad rub. in verb. ſi cert. pet. n. 3. & ad l. 9. ff. de reb. cred. ubi & Jaſon. n. 12. 1.* quia diverſitatem actionum conſtituit differentia concluſionis. Sed in omnibus rebus certis petendis unum eſt medium concludendi, puta, *Peto centum, quia certum eſt ea mihi deberi.* Ergò. 2. *per l. ſi quis. 24. de reb. cred.* ubi eandem condictionem, quæ ex mutuo dari dicitur, ex ſtipulatione quoque competere videmus. Cui accedit *l. 9. ff. d. t.* ubi ſimpliciter in omni contractu locum habet ea condictio, quæ ex mutuo dabatur, *ut in exemplis ibid. videre licet.* Nec tamen pauci ſunt, qui id affirment (*Cuiac. 2. ad Afr. in l. 23. de reb. cred. Robert. 2. anim. 3. Sichard. ad rub. C. ſi cert. pet.* moti potiſſimum *§. 1. Inſt. de oblig. quæ ex re. & rubr. t. ff. de reb. cred.* Quorum tamen neutro tantum permoveri debuerunt. Cum iis aliud nihil probari poſſit, quàm quod actio, quæ datur ex mutuo, appelletur certi condictio: Ex quo neutiquam id, quod volunt, conſequens eſt. Nec verò juvantur *l. 1. ff. de cond. trit.* ut cuivis facilè patet. Et quamvis *Oldend. 4. claſſ. 28.* hanc quæſtionem nullius momenti eſſe dictitet: Uſus tamen ejus permagnus ex *Sichard. d. l.* apparet, qui vult, ut ſi quis generali intẽtata condictione nõ probaverit, poſſe eundem ad ſpecialem poſtea pervenire. Quod ipſum quam verum ſit, ex jam dictis ſatis conſtat.

XIII.

Ad l. Quicquid 99. §. 1. h. t.

An cautio Mutiana etiam in ſtipulationibus cæteriſvè contractibus locum habeat?

Guil. de Cuneo (ut eum refert *Salic. ad l. 1. C. de pact. n. 19.*) in *l. dedi. ff. de cond. ob cauſ.* affirmat 1. per *l. inſulam. 58. §. fin. ff. locat.* 2. quia in contractibus eadem ſit ratio, quæ in teſtamentis. 3. quia de ultimis voluntatibus arguatur ad contractus, & contra *l. fin. C. de legat.* 4. quia conditiones negativæ æquiparantur in ultimis voluntatibus & contractibus. *l. impoſſibilis. de V. O.* Bartol. *per d. l. 58.* diſtinguit contractus bonæfidei à ſtricti Juris contractibus. *Franc. Balduin in Jure Mutiana ad l. 115. de V. O. f. 212.* diſtinguit, utrum res promiſſa morte finiatur, nec ne, ut ibi locum habeat,

hic

hic minime. Nos cum *gl. & Everb. in top. leg in loco à contr. ad ult. vol n.3. Duar. in d.l.115 Don.8 com 33.* negamus. 1. quia nusquam in contractibus locum esse cautioni Mut. probatur: quod si aliud esset, JCtos id prætermissuros fuisse verisimile non est. 2. quia in contractibus diversa ratio est, *ut apud Don. d.l Forcat dial. 94. Necyom videre est.* Denique quia in *l 7 ff. de cond. & dem.* solum testamentorum causa inducta esse dicitur. Et ad *l.58,* Resp. eam non occupatam esse in conditione de non faciendo, quam requirit Cautio Mutiana, sed in modo potius, Do ut impendas in refectionem, ex quo & *Bart.* corruit distinctio. Secundi falsitas ex ex *Don. d.l.* patet. Tertium tum locum habet, si in rationis identitate conveniant. *Everb d.l.n.2.* Ultimum autem, *inquit Salic.* verum est in conditionibus necessariis & omninò extituris, non in voluntariis & omninò non exstituris. Adde *Forcat. d.l.*

XIV.

Num promissio in faciendo consistens etjam ad hæredes transeat?

De dandi obligationibus res clara est. *l.2.§.1.h tit.* De facti promissione dubia, quia non ut datio, sic & factum à persona secretum est. *l.ult. de condit. instit. (Duaren. ad l 46.h.t.)* & ideò, quod in facto est, in mortis tempus cōferri nequit *l. 46.§ 1.h.tit.* Quod immutatum nostri censent *l. veteris. l ult. C. de contr. stip.* qui distinctione utuntur ex *l. un §. ne aut. C. de cad. toll. (Duar. Don. Cuj. Ferret. ad d l 46. Pac. 7. ἐναντ. 30.)* quæ sententia non incommoda est: quamvis dissentiat *Duaren.* & ideò *d ll. Codic. hoc tit.* ad speciem *l. 46.§.1.h.tit* non pertinent; ut rectè alii volunt. Ex his argumentum *Ferret.* resolvitur. Solutio facti est. Ea autem post mortem confertur. E. & facta ad hæredes transeunt.

XV.

Ad l. si stipulat. fuerim. 76. h.t.

Si stipulatus fuero, Illud aut illud, quod ego voluero, *hæc electio personalis est, &*

 ideò

ideò servo vel filio talis electio cohæret: in hæredes tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore.

d.l.76.ult.in pr.h.t. quæ enim facti sunt, ad dominum patremvè non pertinent. *l.qui hæredi.ff.de cond. & dem. l. legat.nulli. ff.de adim.leg.l.Stichum* §.*usumfr. ff. de sol.l. qui liber.* §.*fin. de vulg. subst.l.servus societ.ff.pro soc.* cujusmodi Electionem esse constat (*Bart.ad l. 76.h.t.*) Quæritur *an idem obtineat in homine sui Juris?* Neg.*Duar ad d l.76.* Affirmativa tutior est: quod enim in *l.76.* electio personalis dicitur, id tàm in homine sui Juris, quàm alieni procedit. Nam quæ personalia sunt, in hæredem minimè transitoria sunt, & verba illa, *Quod ego voluero,* personæ stipulantis voluntatem denotant. Voluntas autem morte finem accipit *l.4.ff. locat.* Et per consequens facultas eligendi ad hæredes transire non poterit: quod pluribus confirmavit *Donell.ad d.l.76.* Opp.*l.si sic leg.*§.*ult.de leg.1.ibi:tenebitur hæres ejus,ut præst.&c* Hic locus est, in quo decipi proclive fuit, *inquit Donell.* Nõnulli veterum responderunt, quod *in d.l si sic leg.* fuerit verbum indicativi modi sc. *Velim:in d.l.76.* subjunctivi *Voluero.* Quam responsionem *Bart.* frustrà esse irato animo pronunciat. Quare ipse rectius sibi visus est distinguere, ut siquidem stipulator adhuc vivat, personalis sit: eo autem mortuo, incipiat esse realis, & ideò in legatariũ transeat. Ratio est, quia si stipulator vivus alii posset eam cedere, vel in alium transferre, fieret conditio promissoris deterior, quia ille fortè aliter eliget, quam prior ille elegisset. *l.is cui.ff. de fideic. liber.* Nec *Bart.* admittet, idẽ dici posse in persona hæredis aut legatarii, quoniam sicut obligatio ipsa est transmissibilis, sic utique & electio, ne aliàs mortuo stipulatore obligatio corruat. Quam rationem non admittit *d l.76.* Ut maximè enim electio personæ cohæreat, non tamen inde concluditur rectè & obligationem ipsi cohærere: sed consequitur per occasionem mortis stipulatoris eligendi jus promissor, ut regulare jus est in stipp. alternativis. *Donell. ait* in specie *d. l. si sic leg.* proponi eum stipulatorem, qui quod stipulatus erat, electione sibi constituta id ipsum legavit. Quæ responsio difficultate non caret. Si enim elegerit testa-

tor,

tor, non rectè tribueretur legatario potestas eligendi Stichum vel decem, cum electioni testatoris acquiescere ipsum convenieus sit.

XVI.

Ad l. 78. §. 1. h. t.

Cum fundum stipulatus sum, non veniunt fructus, qui stipulationis tempore fuerunt.

d.l.78. §.1. quod enim palàm verbis expressum non est, in stipulatione pro omisso habetur. *l 99.h.t.* Atqui dices, fructus pẽdentes fundi pars esse videntur. *l fructus de R.V.* Hoc si ita est, licet argumẽtari, qui totum stipulatur, is & totius partes omnes, quæ tempore stipulationis fuerunt, stipulari intelligitur: in toto enim continetur & pars. *l si quis cum tot. ff. de exc. rei jud.* At qui stipulatur fundum pendentibus fructibus, is totum stipulatur, cujus tum pars sint pendentes fructus (*Don ad d.l.78. §.1.h.t.*) facit *l. si ser. com. §. locavi. ff. de furt.* Verùm ea ratio tùm demum obtinet, cum quis fundum suum judicio petitorio petit, tùm enim nihil æquius est, quàm fructus ei cedere, cujus & solum est. Quę etiam ratio est; cur *d.l. fructus. in t. de R.V.* sit relata. Nos autem hic agimus de fundo per stipulationem primitùs acquisito: à quo longissimè distant fructus, neque ejus pars dici possunt, ne tunc quidem, cum fundo cohærent. Nam *ut scribit Arist.1.polit* Ex domùm verè proprieq; dicuntur partes, quæ suo toti adhærescunt, suumq; munus obeunt, ut rota in vehiculo. Fructus autem non possunt dici fundo, ut toti adhærescere, vel munus suum ad totius conservationem obire, quoniam fructib. licet à fundo separatis, nihilominus idem fundus dici debet. Præterea, cujusq; rei partem ejusdem naturæ esse oportet, cujus est totum. At fundus res soli est, fructus verò mobiles. Nõ igitur pars ejus dici potest. 2.Opp. *l. Julian 13.§. si fructus.10.ff de act.empt.* R. *Duar.ad h. l.* constituendã est differentiam inter cõtractus bonæ f & stricti juris: Ut in illis debentur fructus propter latissimam eorum naturam; in his non item. *l 99.h.t.* 3.Opp. *l. ult. §. non solum. ff. quæ in fraud.cred.* R. *Don.d.l.n.19.4.* Op. *l. si fund.114.h.t.* Bart. rejectis duab. solutionib.

veterum apponit tertiam. Ideo dic (*inquit*) quod ibi loquitur in obligatione facti.in *u.l.* de obligatione dandi. Verum nihilo felicius cæteris se expedivit,siquidem *d.l.114*.utitur verbo *Præstari:* quod commune est Nam qui tradit, præstat. *l. exempto.ff. de act. empt.*Sed & qui dat,rectè præstare dicitur. V.*Donell.n.13.*

XVII.

Ad l 101. ff eod.

Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

*d.l.101.*quia obligari potest paterfam.suæ potestatis pubes compos mentis *l. 42. de O.& A.* quæ lex &aliud evidens hujus rei argumentum præbet ut enim pupillus sine tutoris autoritate non obligatur Jure civili sic opp. sitione rectè posita, minor sine curatoris sui consensu Jure civ. obligari poterit. Quod confirmat *l.neq. 7.ibi:neq. curat.absentia &c.C de contr.stip.*Probat& id ratio elegans Pauli in*l.sciendum.20.ff.de rit.nupt.*quia officium ejus in administratione negotior.consistit. E.quicquid extra negotior.administrationem erit,à minore rectè fieri poterit. Obligatio autem extra rerum administrationem est,quoniam juris vinculum est,quo persona obligatur.*l.obligat.3.de O.& A.* At dices, non sine rerum interventu? Rectè,& quatenus obligatio rerum alienationem secum trahit,non valet. At multa promitti possunt,quæ personam minoris vel ejus industriam concernunt, ad quæ, quò minus se obstringat, nulla refragatur Juris ratio. Deinde consensu fieri obligationes *Jul.*tradit *l. 2. de O.& A.* At minorem consentire posse,nemo negat.*d.l.101.d l sciend.20* Non n.nuptiæ sine cõsensu contrahuntur *l.nuptias.30.de R.J.*E.&obligari posse consequens est. Deniq; amplissimũ restitutionis in integr.tractatum propono. Minor in integr. restitui poterit,si læsus fuerit *t.t.de min.25.an.*E.& obligatur. Quod enim ipso Jure nullum est,restitutionis non eget.*l.5.ff de inj ust.nup.l.bovem.§.fin. ff de ædil.edict.l.liberos.§ fin.ff de capit.dimin.l.Semprõ circa pr.de usufr. leg.* Op *Donell ad l puberes* Curatori negotiorũ administratio cõmissa est·E & rerũ contrahendarũ. Rectè:Curator habet negotiorũ administrationẽ,ita ut possit simul res alienare.Minor quidem

dem contrahendi, sed non res simul alienandi potestatem habet 2.Opp.*l.si Curat.3.C de int rest.* quæ tale suppeditat argumentum: Minor non absimilis habetur ei, cui à Prætore bonis, interdictum est, h.e prodigo. At is ne quidem Jure naturæ se obligari poterit *l.6.de V.O.E.* nec minor. Verùm eo in argumento committitur fallacia à dicto secundum quid ad dictum simpliciter. Comparatur quidem minor prodigo ratione alienationis, at no obligationis, ut enim ille non potest res suas alienare, sic nec minor invito curatore; Verùm ut ille sese obligare, sic & minor impedietur, falsa est collectio. Rectè itaq; cum *Cujac. 19.observ.33.d. l.3.* de venditione, cui conjuncta est traditio, atque ita alienatio subsecuta est, exaudiemus. Quanquam si nova viri docti oppositione duceris, dic opposita seu repugnantia non esse, curatorem habere, & sine curatore constitutum esse. Cum nec illa simili modo pugnantia sint Omnis homo est literatus, nullus homo est literatus: quod tamen logicum non est.

XVIII.

Ad l.qui Romæ. 112.eod.

Omnes laudant *l.qui Roma.122. h. t.* quæ vulgò creditur & materia & acumine, certare cum omnibus *h.t* legibus, & à nulla vinci, *ut ait Ferret.* Facilis est, si, quod præcavendum, ab aliis non seduci nos patiamur: putat *Ant. Fab. 1.conject.1.* Nec incongruo tempore, aut loco oblationem factam esse. Quod prius ut verum est, potestate ea inspecta, quam jus promissori concedit. *l. quod certa 70.de solut.l.quod quis.50.de O. & A.* Ita posterius verbis legis è diametro contrarium est. Qui Romæ (*inquit Scævola*) mutuam pecuniam acceperat, solvendam in longinqua provincia post menses tres, eandemq; ibi dari stipulanti spopondisset, &c. Obligatio contracta Romæ fuit, solutio destinata in longinqua provincia: Romæ post paucos dies testatò creditori dixit, paratum se esse, eam Romæ numerare, ut sic cuivis, contra formam stipulationis offerri pecuniã appareat. Quod verbis claris ostendit Ulp. in *l.17 § qui certo ff de fidejuss l.pen ff.de eo quod cert lo.* Quare rectius, omissis aliis sic statuemus. Titius Romæ Cajo 100. mutuò dedit, conventum inter eos, ut post tres menses, eadem cum usuris in longinqua provincia solveret, simulq; usurarũ nomine 10. in antecessum dedit: post paucos dies Romæ præsenti-

bus testibus Titio creditori Cajus dixit, paratum se esse Romæ 100. mutuò data numerare, detracta ea summa, quam creditori suo usurarum nomine dederat: non quidem, ut opinor, integra, sed pro rata ejus temporis, quo sortem habuit. Titius oblatam summam recipere recusat, quare debitor eam deponit; pecunia perditur: Quæsitum est, an sua die, h.e. elapsis tribus mensibus integra summa peti possit? Videbatur dicendum, quod non, quia integram summam, in quam obligatus erat, semel obtulit, oblatam deposuit, *juxta l. acceptam. 20. C. de usur.* E. liberabitur debitor, nec rectè creditor eum actione pulsabit. *l. obsignat. C. de solut. l. qui decem ff. de solut.* Ponendum autem omninò pecuniam depositam esse, & deperditam, ne aliàs probabilis dubitandi ratio cum nostris nos fugiat, neq; ullus alius color obtendi poterit, quo sese debitor contra petitionem actoris muniat. Nam si pecunia etjamnum salva sit, nulla ratio est, quò minùs eam creditor utcunque morosus petat. *d. l. acceptam. l. obsignat. l. qui decem.* Verùm respondet Scævola, posse stipulatorem sua die, ibi, ubi solvendam stipulatus est, petere: Propterea quod non suo loco depositio facta est. Quæ restrictio nominatim oblationi pecuniæ additur *in d. l. obsignat.* Neque debet utilitas loci creditori auferri. *l. 2. de eo quod cer. loc.* V. *Duar. Cuj. Ferret Don. Charond. post Bart. Castr. Cuman. & veteres ad d. l. qui Romæ 122. h. t. Ant. Guib. c. 5. quæst. jur.*

XIX.

Ad d. l. 122. §. Aggerius. eod.

Stipulatio sub conditione concepta ad hæredem transmittitur?

§. ex conditionali. Inst. de V. O. l. si quis 57. de V. O. atqui deficiente re, deficit stipulatio. *l. 56. §. final h. t.* E. si pendente conditione unus contrahentium decesserit, par esse ratio videri poterat. Sed ratio diversitatis multiplex & permagna est. Et ut illam saltem addam, unio hæredis & testatoris in personis operatur validitatem stipulationis, & ut permaneat, efficit, quæ nulla est, aut esse poterit in rebus. Procedit conclusio in conditionib. casuali & mixta, non etiam potestativa. *l. certissimis. 46. §. si ita stipulatus fuero h. t.* (*Gœdd. de contrah stip c. 9. n. 191.* Oppon. *d. l. 122. §. Aggerius. h. t.* quem difficilem §. esse, & contra æqui & boni regulas, ut vul-

vulgò intelligitur, *inquit Soaretz in addit ad Gomes. 2. variar. resolut. 11. lit. T.* Aggerius filiusfamilias promiserat servo P. Mævii stipulanti se daturũ, quicquid patrem suum debere constitisset. Potest autem multis modis accidere, ut non constet, an & quid quisq; alteri debeat. *§. in fraudem. Inst. quib. man. non lic.* Erit ergò in hac stipulatione conditio. Stipulator itemq; creditor patris cũ patre vivo non egit, aut si egit, non tamen de debito constitit, moritur pater aliis hęredib. relictis, quàm Aggerio filio, sive quod ille exhæredatus esset, sive quod institutus repudiasset hæreditatem. Cum his hęredibus patris egit stipulator, & probavit, quantum sibi pater debuisset, si supervixisset. Maluit ideò ex stipulatione cum Aggerio experiri, tanquam cum eo, qui patris debitum in se recepisset. Negat Aggerius se ea stipulatione teneri, quæritur, an teneatur. Respondet Scævola, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam, h. e. quia conditio illa, sub qua Aggerius promiserat, non extitit, ideoq; ex stipulatione cum eo agi nequit, quia nec obligatus ex ea est: Scævola hoc igitur videtur innuere, implementum conditionis non transire ad hęredẽ. Varii hunc obicem dissolvere conati sunt. (*Alciat. 1. disp. 13. Conan. 6. com. 3. Duar. Don. ad d. l. 122. §. Aggerius. Costal 2. select. 23.*) quicquid est, videntur falli pleriq;, dum particula Si pro Quia, interpretantur. Sit ergò hic sensus: Mævius patre Aggerii defuncto egit contra ejus hæredes, & de debito constitit. Quæsitum est an per hoc Aggerius teneatur? Scævola cum videret se consuli de re non ambigua, quæ constaret, secundum ea quæ proponerentur, conditionem sine dubio extitisse, respondit obliquè, ut solet, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam Proinde dictio Si, non ponitur pro QUIA, sed propriè conditionaliter. Sed & verbum extitisset, præteritum plusquam perfectum propriè exprimit, ut apud *Virgilium in Bucolicis.* Et si non aliqua nocuisses, mortuus esses. *& in 4. Æneidos.* Si littora tantum, Nunquam Dardanicæ te tigissent nostra Carinæ. Differt hac in re stipulatio. à legato *l. unic. § fin autem. C. de caduc toll. l. 4. l. 5. quand. dies legator. l legata sub conditione. l si ita expressim. ff. de cond. & demonstr.* quæ ratio diversitatis? quia spes legatarii est ex donatione, quæ facti est. Stipulatoris autem ex promissione, quæ juris est: illa antem quæ juris sunt, in hæredem transeunt *l. hæreditas. de R. J.* facta a. cum persona extinguuntur. *l. ult. ff. de cond. Inst.*

DISPUTATIO VIGESIMA TERTIA.

Quam

Publicè in Auditorio JCtorum defendet

JOACHIMUS MORINGUS STEN-dal. Marchicus.

Thesis I.

Ad l. 8. §. 5. de fidejuss.

AN fidejussor in criminalibus pro reo intervenire possit?

Communiter Dd. distinguunt inter pœnas pro delictis imponendas; pecuniariam nimirùm & capitalem (*Gomes. tom. 3. var resol. c. 9. n. 8. Schneidew. ad §. in omnibus. Inst. de fidejuss.*) Priori casu fidejussorem admittendum consentiunt. Sufficit enim solutionis vice, ut quis aut pignoribus, aut fidejussoribus idoneis caveat. *l. 6. §. 1. de muner. & honor.* Neque refert. à quo solvatur pœna, sive ab ipso reo, sive à fidejussore, modò solvatur, *arg. l. 23 & l. 53. de fidejuss.* Posteriore casu quando pœna capitis reo venit infligenda, omnes penè conveniunt (*vid. Bald. ad l. 2. C de exhib. reor. Jul Clar. lib. 5. recept. sent. §. ult. quæst. 46. num 7. Gomes d. c 9. n. 8. Schn. d. loc.*) reum fidejussorem dando non audiri. Verùm hanc opinionem *cum Menoch de arbit. judic. quæst lib. 2. cas. 303. n. 16. & 17.* improbo. firmiterque concludo. hoc arbitrio jus dicentis reliquendum, ut nimirum ille ratione qualitatum personarumque fidejussorem vel admittat, vel repudiet. 1. Propter expressum text *in l. 1. ff. de custod. & exh. re.* quæ cum generaliter loquatur, genneraliter est accipienda. 2.

Si

Si à Domino fidejussorem dante servus capitali crimine postulatus potest ex vinculis liberari, multò magis liber homo Hujus enim majorem rationem quàm illius habendam, nemo est qui neget. At prius verum *l.2.ff.de cust.reor.* Ergò & posterius. 1. Opp. Fidejussor ad idem se obligat, ad quod principalis, ad aliud non. Ergò non potest in causa criminali intercedere, cùm nemo mébrorum suorum sit dominus. *l.13.ad l.Aquil.* Quinimò absurdum esset, innocentem morte affici. *l. absentem ff.de pen.* R. Non rarò accidit in jure nostro, ut fidejussor ad idem sese obligans, idem non solvat, sed id quod interest, dando liberetur, præsertim in promissionibus facti. *l.inter artifices.ff.de solut.* Ideoq; hic quoque sufficit, si pœnam pecuniariam tanquam interesse reo aufugiente solvat. *l. 4. de custod. reor.* maximè cum factum promiserit. 2. opp. *l.3.de custod. reor.* R. Hanc legem sententiam nostram magis confirmare, quàm infirmare. Illa enim verba; *Nisi tàm grave*, &c. Concedunt, judici arbitrium, ut videlicet qualitates & circumstantias non saltem personarum, sed etiam ipsius delicti graviter perpendat. *l.1. de custod. reor.*

II.

Ad d.l.8.§.7.

Utrum in majorem summam fidejubens in eam saltem, quæ promissa est à principali, teneatur?

Affirmo, motus *l. 33.ff. mandati & l. 22. C. de fidejuss.* Minor enim summa inest majori *l.1.§.4.ff.de V.O.* ubi si Titio decem stipulanti Se;us viginti promittit, in decem valet stipulatio; Ratio annectitur *in §.d.l.1.* ne utile per inutile vitietur. 2. *per l.70. in pr.h.t.* Si reus sub conditione promisit, fidejussor verò sub duabus distinctis, communi conditione existente fidejussor tenetur Quãquam non ignoro hanc opinionem à Connan *lib.6.comment.c.6.n.8.* vehementer impugnari. Putat enim in stipulatione hæc cõcedi posse: fidejussoris autem aliam esse rationem, qui non per se obligationem constituit, sed ei accedit. Ideoq; minus polliceri, quam debitorem eum posse, majus aut aliud non: Quia ma,us

 mino-

minori accedere nequit, nec pars esse totius, quod aliud est à toto. Verùm nullam diversitatis causam percipio. Etsi enim principaliter non constituit fidejussor obligationem: non tamen propterea à principali est aliena; cum forma fidejussionis & stipulationis sit eadem *l. 12. de fidejuss.* Nec concedo fidejussorem hîc aliud promittere. Fallit enim hoc in quãtitate, quæ longè distat ab ea obligatione, quæ consistit in qualitate. Illic enim qui consentit in centum, utiq; etiam in quinquaginta *per d.* §. *4.* Hic verò si tu Stichum stipularis, fidejussor Pamphilum, aut decẽ promittit: Item si reus sub conditione, fidejussor purè sit acceptus, in totũ vitiatur stipulatio, quia prorsus est alia obligatio *d. l. 8.* §. *8.* Wesenb. *par. de fidejuss. n. 5. 2.* Opp. Quotiescunq; forma alicujus rei corrumpitur, id, quod esse debuerat, amplius non est. *l. 13. de V. S.* At fidejussore majorem summam promittente forma corrumpitur. Ergò. R. ex suprà data distinctione apparet. Nego. n. formam in totum corruptam esse, sed saltem quoad superfluum quoad convenientem summam manet. 3. Opp. *d. l. 8.* §. *7.* R. id non ratione quantitatis, sed qualitatis accipiendum esse, ut ex seqq. apparet. PROPTER QUOD IN MINOREM SUMMAM, &c.

III.

Ad l. 36. eod.

Fidejussor post solutionem pro confidejussore in solidum factam non potest petere sibi cedi actiones.

Propter *l. 39. de fidejuss. d. l. 36. h. t. l. Modestinus. 76. ff. de solut* Solutione enim fa cta tollitur omnis obligatio, nec quicquam superest, quod postea cedi possit. *l. 23. l. in omnibus. 43. ff. de solut. Wesenbec. par. de fidejuss. n. ult.* Non entis enim nullæ sunt qualitates. Haud moror Bart. Castr. *ad d. l. 36. & d. l. 76. ff. de solut.* Costal. *ad l. 28. ff. mand.* placitum, quod nimirum hoc verum sit in contutoribus correisque; in fidejussoribus minimè, propterea quod uno solvente tota obligatio perit, quia omnes principaliter, *ut inquit Costal. d. loc.* obligantur. Horum verò uno solvente obligatio non perit, quia diversa eorum obligatio. Præterquam enim quod ll. ex-

ll. expreßè reclament. *(l. 39. de fidejuß. l. 11. C. eod.)* nego ullam diversitatis causam hic apparere. Sicut enim quilibet Contutorum ita quoque confidejussores singuli in solidum obligantur *l. 55. ff. de admin. & per. tut. l. 43. de fidejuss.* Nec refert, quod contutores omnes principaliter, confidejussores accessoriè saltè obligantur. Quippe respectu unius fidejussoris ad confidejussorem habito, æqualis eorum est obligatio, sicut contutorum. Opp. *d. l. 36. de fidejuss.* Quam benè explicat Gœdd. *in tr. de cont. stip. c. 9. n. 121.* quod videlicet facti species ibi proponatur, in qua quodammodo conventum fuit de nominis venditione. 3. Opp. *l. 28. ff. mand.* ubi mandator solvens pro reo ipso jure reum non liberat. Mand. autem & fidejussor æquiparantur *in rub. d. t. de fidejuss.* R. Etsi mandator in multis cum fidejussore comparatur, in multis tamen ab eo differt: Mandator enim mandati habet actionem adversus mandatarium, ideoque intelligitur obligatio durare: Fidejussor hanc actionem non habet contra confidejussorem, nisi ea cedatur, ideoque etiam non potest illa obligatio servari. *arg. d. l. 36. De fidejuss.*

IV.

Utrum fidejussori in solidum solventi adversus confidejussores actiones in solidum, an pro rata à creditore sint cedendæ?

Dd. distinguunt, num beneficio divisionis à fidejussoribus renunciatum sit nec ne *(vid. Coler. in tr. de proces. execut. p. 2. c. 2. n. 15.* Hoc casu pro rata cessionem fieri debere manifestum est *ex l. 10. C. de fidejuss.* Illo verò juris Interpp. non conveniunt: Bartol. *in l. Modestinus. de solut.* Cynus *in l. 1. n. 4. C. de duob. reis.* Wesenbec. *parat. de fidejuss. n. 6.* volunt pro virili cessionem fieri. Improbat illud Dynus *in d. l. Modestinus.* D. Coler. *in d. tr. p. 2. c. 2, nu. 16.* quos sequor. 1. Quia, qui non ex suo jure, sed alterius agit eodem, quod habuit is, ex cujus jure agitur, uti debet. At fidejussor solvens solidum agit jure cedentis *l. 39. de solut. l. 11. C. eod.* apud quem cum actiones sint in solidum, eas etiam in solidum cedere debet *arg l. 2. C. fidejuss.* 2. Quia si primò in solidum solvens cessionem in viriles saltem consequeretur, ipsius causa durior es-

set. 41. §. *Lucius. ff. de usur.* Cum sæpius particularis solutio multa incommoda afferat *l.* 3. *ff. fam. herc.* Hæc tamen ita intelligo, ut quamvis in solidum cedantur actiones, fidejussoris rata eximatur nec in exactione confidejussorum contineatur. Generalis enim sermo nunquam comprehendit personam loquentis *l. 1. de senat ibiq; Bart.* Quinimò obligatio in perpetuum sublata non reviviscit *l. 68. §. arena. de solut.* Ex hoc ipso perspicuum est non procedere argumentum illorum qui putant, fidejussorem non posse petere sibi in solidum cedi actiones, quia dolo facit, qui petit id, quod restiturus est *l. 8. ff. de dol. mal. excep.* 2. Opp. si in solidum actiones cederentur: iniqua foret conditio fidejussoris ultimo conventi. Ille enim non nisi contra principalem regressum haberet. R. Nego conditionem fidejussoris ultimo loco conventi pejorem fieri, siquidem ille non nisi pro rata sua convenitur cum reliqui fidejussores semper ratam suam detraxerint, in eodemque damno cum illo versentur. 3. Opp. *l. cum possessor. 5. ff de censib.* cui respond. Coler. *d. lo.*

V.

Ad Auth. præsente. C. de fidejuss.

An fidejussor se obligans ut principalem beneficio ordinis uti possit?

Affirmat Jacob. de Belvis. *in d. Auth.* Ant. Thessaur. *decis.* 166. Negant. Mars. *in rub. de fidejuss. n.* 62. Gail. 2. *obs.* 28. *n.* 3. Col *in tr. de process. exec. p. 1. c. 10. n. 307.* Fach. *lib.* 8. *c.* 54. Et quanquam *Gail.* hanc opinionem communiorem & æquiorem prædicat; cum *Schn.* tamen *ad §. si plures. Inst. de fidejuss.* (qui æquè dicit contrariam opinionem comunem & æquam) affirmantibus astipulor, nisi fidejussor constituens se principalem debitorem faciat hoc novandi animo. *l fin. C. de nov.* Proboque. 1 *per gl. in Nov. 4. §. 1.* 2. Quia beneficium, quod in merum favorem alicujus inductum est, latam accipit interpretationem *l. pen de constit. pec,* Dec. *ad l. fœmina n 58. de R. J.* Atqui hoc beneficium in favorem fidejussorum inductum esse manifestum est *ex de Nov. 4. §. 1.* Ergò latam interp accipit. Et per consequens eo usque tenet, donec expressè ei renuncietur. 3. Si generalis renunciatio omnium beneficio-

rum

rum à fidejussore facta non comprehendit beneficium ordinis multò minus tacita illa renuntiatio locum habet. At prius verum: Quia naturaliter hoc inest fidejussioni, ut prius excutiatur principalis *vide eruditè probantem Oldend de jur sign. mihi fol. 47.* Ergò & posterius. Nec urget, quod Gail. & reliqui Dd. asserunt, Nullam clausulam verbumque absque effectu esse debere *l. 109. de leg. 1.* R. Satis operari illa verba si, secundum naturam obligationis, & cõstitutionem legis intelligantur, cumq́, secundum naturam obligationis sit, ut prius principalis excutiatur, *ut supr. dictum est*, Et *d. Nov. 4.* specialiter hoc beneficium indulserit, ei non nisi expreßè renuntiari potest.

VI.

An exceptio excußionis sit anomala, an dilatoria?

Anomalam illam esse vult *gl. fin. in l. 3. de except.* posseque ante & post litis contestationem opponi, in quam sententiam etiam Gail. *2. observ. 27. n. 2. post Jason.* inclinare videtur, solam æquitatem intuens. Verum eum Guid. Pap. *decis 49. n. 1.* Cyn. *in l. exceptionem C. de except.* Schn. *ad §. si plures. Inst. de fidejuß.* Fach. *lib. 8. c. 52.* concludo, illam dilatoriam esse, illaque antè litis contestationem non opposita, postea fidejussorem non audiri; considerando naturam dilatoriæ exceptionis quæ saltem differt actiones ad tempus, non perimit. *l. 3. de except. §. 10. Inst. eod.* Hanc autem actionem non perimere, sed differre saltem donec principalis excussus fuerit, nemo sanus negabit *arg. d. l. 3.*

VII.
Ad l. 29. ff. de novat.

An novatio rectè in voluntariam & necessariam dividatur?

Affirm. per *d. l. alien. 29. h. t.* Duar. *d. t. c. 1.* Bartol. *in d. aliam.* Gœdd. *d. tract. c. 5. nu. 70. & seqq. 2.* Quia quælibet divisio fieri debet per species directè oppositas, *arg. l. 1. ff. de his qui sui vel alien. jur.* Schneidw. *ad §. omnium, Institut. de act.* Hæc autem talis.

Nisi enim quædam novatio esset non voluntaria ea, quæ fit per litis contestationem, supervacaneum esset, quandam appellari *in d. l. 29. voluntariam*. 3. Probo *per l. fin. C. de usur. rei jud. vers. si enim novatur*, &c Nec quicquam facit Accurs. *d. l. ultim.* intelligens de judicato, ergò non de litis contestatione: A tempore enim litis contestatæ inchoata novatio, judicatum continuat. *l. 16. ff. de duobus reis*. Reliqua argumenta, quæ levicula sunt, vide refutata à Gœdd. *d. loc.*

VIII.

Ad l. 31. eod.

Utrum unus correorum stipulandi vel promittendi in præjudicium alterius rectè novet?

Etsi tanta hujus quæstionis difficultas esse videtur *propter d. l. 31. & l. si unus 27. ff. de pact.* ut non tantum à juris nostri Interpp. variè certatum sit, verum etiam Costal. *ad d. l. 27. dd. ll.* non nisi ineptè componi posse fateatur: In affirmantium tamen opinionem quin descendam, causæ nihil video. Rationes *in ipsa l. 31.* recenset Venulejus JC. 1. Quia uni correorum rectè solvitur. Nec audio illos, qui invalidum putant argumentum à solutione ad novationem, cum quãdoq; is, cui rectè solvitur, novare nequeat. *l. 10. l. 25. de novat.* Præterquam enim, quod expreßè reclamet *l. 10. h. t.* dicendum est dd. ll. loqui de illis, qui adjecti sunt solutionis causa, non de ipsis correis stipulantibus promittentibusq;. 2. Per litis contestationem fit novatio *l. 29. h. t.* At unus correorum rem totam in litem deducere potest. Ergò 3. Acceptilatio & novatio pari passu ambulant: Par enim utriusque ratio. Nam si formam spectes, utraque fit interrogando & respondendo; sin effectum utraq; tollit priorem obligationem. Unius. a. acceptilatione tollitur utriusq; obligatio. E. 4. Quilibet correorum sibi insolidum acquirit, E. etiam solus novat. Sed quid *ad d. l. 27. ff. de pact*? Hanc. l. variè varii interpretantur, plurimi verò illam de correis sociis intelligunt; (*vide Wesenb. par. ff. de duobus reu. nu. 9. Gœdd. in d. tr. c. 12.*) Nego. Quanquam enim *in pr. d. l.* Paul. loquatur

quatur de argentariis sociis, non tamen ita vult in correis cū correi cū argentariis nisi sociis conferri nequeant, quia quilibet eorum, si non sint socii suam mensam propriam exercet. Gœd.*d loc. num 16.* hæc verba, *cum id specialiter agit.* cōsiderat, putatq; posse unum correorum stipulanti novare, cum specialiter agit, ut ab utroque liberatio contingat. Displicet hoc quoque Reclamant n. superius datæ rationes, quę, quia omninò uni correorum solutionem, acceptilationem, totiusque rei in litem deductionem concedunt, quamvis hoc specialiter non sit actum, cur non idem statuendum in novatione, cum par sit ratio? Deinde manifestum est verba illa: *Cum id specialiter agit*, hoc, quod vult Gœdd. non importare, quia de jure veteri novatio tùm videbatur facta, si constaret de illa actum fuisse, *l 2.l.6.7.8.de novat.* Sed ut rem in pauca conferam, existimo IC. Paul. in *d l.27.* illa verba *nam nec novare potest:* referre saltem ad argentarios socios ad correos neutiquam: Idemque esse ac si diceret, unus ex argentariis sociis paciscens alteri non nocet, nam nec novare potest. Idemque est dicendum in duobus reis stipulandi, quod videlicet alter alteri paciscendo non noceat. Quod enim hoc fieri nequeat, patet *ex l.10.ff.de duob.re.* vid. Wesenb.*par.tit.n.8.*

IX.

Ad l. fin. C. de novat.

An novatio hodiè fiat ope exceptionis in iis casibus, in quibus olim ipso jure contingebat?

Nego *propter l. fin.* quæ cum specialem expressionem requirat ei omninò standum Immol.*in l.qui usumfr.* Salic.*ad d.l.fin.* Gail. 2. *obs.30.* 2. Quia nullam aliam ob causam Imp. Iustin. constitutionem *d.l.fin.* promulgavit quàm ut finis altercationibus, quas maximas fuisse passim *ex ll. Digestorum in tit. de novat.* colligitur, imponeretur, certumque haberent contrahentes, quod sequerentur: Si verò admitteremus affirmantium opinionem, nullius observantiæ esset *d.l.fin.* Sed relaberemur adveterum Ictorum gravissimas tricas, imò ne sublatum quicquam esset *per d. l. fin.* cum effectus idem sit cum novatione veterum.

Nihil

Nihil enim interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur *l. 12. de R. J.* opp. *l. pen. ff. de stip. prat.* R. Hanc l. de delegatione accipiunt Dd. Sed hoc quoq; addi posse existimo, hîc non ope exceptionis fieri novationem (quamvis agenti ex priori jussu præsidis, possit opponi exceptio mādati posterioris) sed propterea quod expreßè cōstāt de voluntate præsidis, qui jusserat prius mandatum de triennali cautione tolli, & in longum tempus caveri, quod liquet ex his verbis: *quia à prima stipulatione prorsus discedi voluerat.* Jure autem veteri firmam fuisse novationem, si de voluntate partium constiterit certum est *ex l. 2. l. 6. ff. de novat.* Videmus itaq; hîc revera novationem secundum jus vetus factam esse propter voluntatem præsidis expressam.

X.

Stipulatione pœnali utrum novetur principalis obligatio?

Nego 1. *propter l. 41. ubi Costal & l. seq. l. 71. ff. pro soc. 2.* Quia pœnalis stipulatio est accessoria ad principalem accessorium verò non novat principale *l. 58. de V. O. 3.* Si pœna ante non cōmittitur quā debitor sup debito principali interpellatus sit, nulla erit novatio, aliàs enim statim principale debitum sublatum esset. Atillud non. *l. 115. §. fin. de V. O.* Ergò nec hoc Gœdd. *in tr. de cont. stip. c. 5. n. 56. 4.* quia pœnalis stipulatio non adjicitur, ut præcedentem obligationem tollat, stipulanti firmius caveatur. *§. fin. Inst. de leg. §. fin. Inst. de V. O. 5.* Quæ in favorem alicujus adjiciuntur, non debent ei damno esse *l. 15. ff. de ll.* At pœnam stipulationis in favorem creditoris adjicitur, ut is tantò efficaciùs debitorem sibi obstringat *arg. l. 1. C. de arbit* Ergò. 1. Opp *l. 24. Quand. dies leg. & l. 1. de pen. leg.* ubi hæres penū dare dānatus est, sub pœna decē; penu non data sit translatio in decem. Translatio autem est novatio, *l. 1. de novat.* R. Non omnis translatio est novatio, sed dicitur hîc penus translata in decem impropriè pro eo, quod testator intelligitur ademisse legatum prius per posterius, sub conditione hac, si heres in danda penu moram faciat. Cumque maneat penus post moram in præstatione, ut expreßè probatur *per l. 19. in pr. quand. die leg.* manifestè liquet, nullam hic fieri propriè novationem, cum aliàs heres post moram offerendo penum

num repelleretur. 2. Opp. *l. 44. §. fin. ff. de O. & A.* R. cum Alciat. *lib. 1. parad. c. 12.* & Costal. *ad d. l. 41. pro soc.* illam de obligatione facti accipiendam, quia ex illa obligat. præcisè factum non debetur, sed potest solvi id quod interest; *l. stipulationes non. de V. O.* Imò posset dici, neque hoc casu propriè novationem fieri, cum in potestate stipulatoris sit facti præstationem potius petere, quàm pœnam *d. l. 44 ut sup. in solut. prima objectionis dictum est.*

XI.

Ad l. 1. de solut.

Quis sit intellectus hujus legis.

Si quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, non adjiciens, quod debitum solutum velit, in arbitrio accipiẽtis est, cui potius acceptum ferat, dummodò in id constituat solutum in quod ipse, si deberet, esset soluturus: id est, non (*ita enim legendum ex jam dicendis audies*) in id debitum, quod est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat. Summa hîc oriretur antinomia, si retineretur illa lectio: *in id quod non est in controversia.* Indubitati enim juris est, certa, graviora & magis onerantia præferri incertis, futuris & levioribus, in illaque velle potius quem solvere, quàm in hæc *l. 87. l. 3. 4. 5. ff. h. t. l. 1. C. eod.* Quare optimè rationibus & textui cum Cujac. *5. obs. 34.* & Cont. *lib. disp. 7. in fin.* suprà positam lectionem convenire autumo. Sicque sequentia verba, aut in illud omnem difficultatem tollunt, quæ Russard. *in d. l. 1.* corrigit. Quinimò græcum textum ita habere testatur Cont. *d. loc.* & in aliis quoq; locis dictio NON quandoque solet præposterari, teste Goth. *ad d. l. 1. ut in l. 71. ff. de acq. hæred.*

XII.

Ad d. l. 7. de solut.

Si is ordo qui in vulgatis, quotquot extant, exemplarib. habetur, retineatur, illud absurdi sequetur, quod etiam causa judicati famosa sit, & propterea in factum ex judicato actio infamet, quod auditu novum & absurdũ est, ubi enim JCtus proposuisset regulam, quod si ex duabus causis debeatur, famosa & nõ famosa

mosa, solutio in famosa causa accipienda est. Subjicit ejus rei exemplum in causa judicati & non judicati, asserens in duobus illis debitũ id solutũ videri, quod ex causa judicati debetur. Ex quo firma deducitur ratio seu cõsecutio, actionem judicati infamare, quod tamen nullo modo probari potest. Neq; verò Accursii & aliorum probo sententiam, qui, quod de judicati actione hic scriptum est, ita interpretantur, ut id propterea factum esse existiment, quia gravior sit judicati causa quàm alia ob graviores usuras *l.2 & 3.C.de usur. rei jud.* Hæc enim sententia ut in se vera est, ita ad textum nostrum non quadrat; qui hoc vult expreßè, ideò solutionem factam debito ex judicati causa proficere, quia famosa causa sit, non quia gravior. Accedit quod illa rei judicatæ gravitas, quam hîc illi tradunt sit ex constitutione Justin. *d.l.2. & 3.* de qua Ulpianum quicquam sensisse historiæ fides non patitur. Planè sicut actionem judicati famosam esse falsum est, ita tandẽ inficiatione crevisse Paulus autor est. *1.sent.19.& 5.tit.5.* quô fit, ut non dubitẽ in textu nostro *vers. proinde* fortassis in margine adscriptum non conveniente loco contextui interpositum; hoc modo restituendum: si quid ex famosa causa, & non famosa debeatur, id solutum videri, quod ex famosa causa debetur. E. etsi ex causa, quæ inficiatione crescit vel pœnali debetur, dicendum est, id solutum videri, quod pœnæ habet liberationem. Proinde si quid ex causa judicati & non judicati debetur, id putem solutum quod ex causa judicati debetur Et ita *Pompon.* probat. Sensus est clarissimus. Debitor ex pluribus causis sive contractibus, sive delictis si quid solvat, nec dicat id quod debitum, graviorẽ causam semper videtur solvisse *l.3.de solut.* Si quis igitur debitor sit ex causa famosa & non famosa & solvat, id solvisse censebitur, quod ex famosa causa debetur gravior est enim famæ quàm rei jactura. Eodem modo si quis debitor sit ex causa, quæ potest inficiatione crescere, ac ex alia quæ non poterat crescere, si solvat, id solvisse cẽsebitur, quod crescere poterat. Proinde si quid debetur ex causa judicati & non judicati, id putem solutũ, quod ex causa judicati debetur. Ratio hæc est, quia quod debetur ex causa judicati propter inficiationem crescere potest, ideoq; gravior est ratio ejus quam illius, quod non ex causa judicati debetur: Hoc enim crescere nullo modo poterit. Quod si quid *in vers.*

Pro-

Proinde, exemplum poni *in verſ.* Ergo; regulam, loco rationis ſubjungi dicat, non multum repugnatim, dum ſciat connexionis in verb. Proinde, & verb. Ergo, illud non ferre. Hoc tandem quò fecimus modo textus explicandus eſt.

XIII.

Ad l. 29. eod.

Duobus Stichis aut duob. Pamph. promiſſis utrum diviſio numero fieri debeat?

Cujac. *d. l. 54. de V. O. & 15. obſerv. 24.* autumat ſecundamque negationem tollit quidem, non tamẽ prorſus rejicit, ſed ad verſ. Idemque Est, transponit. Robertus contra. *2. animad. 21.* illam prorſus rejicit. Hunc defendo. 1. Quia ſi concederetur illa transpoſitio particulæ Non, ſequeretur, diviſionem ſpecierum numero fieri debere, quod perperam aſſerit Cujac. pugnatque *cum d. l. 54. de V. O.* 2. Quia numero adjectio non efficit, ut diviſio heredibus ſtipulatoris vel dominis communis ſervi numero fiat, ſed generis promiſſio. Tunc enim incertum debetur, debitorq; eligit, quale & quid illius generis ſolvat. *l. 13. de leg. 1. §. huic autem. Inſt. de act.* 3. Quod promiſſio Stichi aut Pamphili eadem ſit cum promiſſione duorum Stich. aut Pamph. ex eo liquet, quod utriusque par ſit ratio, quia nimirum interſit dominorum vel heredum in ſingulis ſpeciebus partem potius habere, quàm ſpecies diviſas. Certum enim eſt, ſpeciem ſpecici prævalere. Nec admitto numeri adjectionem hoc operari. Statim enim ab initio ad certas ſpecies relatio facta eſt, ut dicit Rob. *d. loc.* Tantùm autem abeſt, ut pugnet cum hac opinione *d. l. 29.* ubi in d. verſ. Idemque, conjungi videtur ſtipulatio duorum Stich. cum ſtipulatione decem hominum. Illam enim interpretatus eſt Gœdd. *de tr. d. contr. ſtip. c. 6. n. 290.* quem vide.

XIV.

Ad l. 70. eod.

In diem certum debitum invito creditori ante diem rectè ſolvitur.

1. Quia totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur *d. l. 70. l. 38. §. inter incertam. de V. O.* 2. Quia tempus illud in favorem promissoris adjectum est *d. l. 70.* Quilibet autem favori pro se introducto renunciare potest, *l. pen. C. de pact.* Hæcque sententia ut communis, ita vera est. Dec. *ad l. 17. n. 6. de R. J.* Duar. *ad l. 38. §. inter.* Nisi tamen dies illa in gratiam creditoris fuerit adjecta. Tunc enim non cogitur creditor antè diem solutionem accipere & sic est accipienda, *l. qui Romæ 122. de V. O.* & *l. Javolen. 15. de an. legat.* Quod verò Cujac. *ad d. l. 38.* dicit, non nisi volenti stipulari posse, ante diem solvi, nego propter expressos textus *d. l. 70. & d. l. 38. § inter.* Si enim hoc non posset debitor, cur ei tempus liberum datum esset. 1. Opp. Solvendum est oportuno tempore & loco, aliàs periculum rei solvendæ ad debitorem spectat *l. 38. ff. de solut.* Antè diem autem solvere non est oportuno tempore. R. Nego minorem propter *d. l. 70. & l. 15. de an. legat.* Quinimò non ita strictè cogendus est creditor pecuniam accipere, quin aliquando ex certa quadam causa cū solutionem recusare & in aliud tempus rejicere possit. Illaque quasi legitima conditio conventionibus tacitè inesse videtur, quæ non ex voluntate hominis, sed juris autoritate descendit, huncque effectum habet, ut solutionem impediat exceptione, non minus quàm expressa conditio *arg. l. 99. de cond. & demonst.* vide eleganter Oldend. *in top. legal. in loc. ab autorit. seu præjud. n. 5.* Idemque respondeo *ad l. 102. in pr. de solut.* 3. Opp. *l. 15. ff. de constit. pec.* R. Hanc l. nihil obstare; Quanquam ante diem constituti petitor pecuniam accipere recusarit; non tamen dicitur periculum penes debitorem, sed creditorem esse.

XV.

Ad l. 85. eod.

Utrum creditor particularem solutionem admittere cogatur?

Communiter Dd. negant (Bart. & Cost. *ad l. 21. ff. de rebus cred.* Negusant *in tr. de pign. par. 5. memb. 3. n. 17.*) Affir. Alc. *ad d. l. 21.* Coras. *ad l. 2. de V. O.* Negantibus subscribo. 1. Quia particularis solutio maximum sæpe affert incommodum creditori *l. 3. ff. fam.*

fam. herc. Cum tamen æquitati haud conveniat, quenquam alterius facto gravari & ex eo damnum sentire, *l. factum cuiq. de R. J.* 2. Probo per *l. 41. §. 1. de usur.* 3. Quia contra naturam est obligationis, particularem solutionem admittere, minorq; solutio invito creditori facta pro nulla habetur *l. 18. §. Celsus fam. herc. d. l. 85. 4.* Probo per *l. 4. §. 6. ff. de stat. lib.* Ibi enim JC. inquit, favore libertatis cogendum esse creditorem, ut particularem admittat solutionem. At si jure communi hoc facere cogeretur creditor, ineptum esset hic singulare jus constituere in libertate. Oppon. Non debet conditio rei deterior esse, quàm actoris *l. 31. de R. J.* At Actor potest à debitore invito partem debiti exigere *l. 17. §. duabus ff. commod.* Ergò. R. Diversitas hoc dissuadet. Reus offerendo partem damno actorem afficit *l. 3. fam. hercisc.* *Actor* partem exigens reum commodo. 2 Opp. Compensatio excludit petitionem ejus, de quo fit *l. 7. C. de solut.* R. Compensationem ipso jure fieri, propterea ne peti id videatur, quod restitui oportet *l. 2. & 3. de compens.* Ideoque tacitè præsumi voluntatem petitoris, quod secus est in solutione, quæ facti est, eoque illa præsumtio non habet locum. Reliqua quæ objiciuntur, exceptiones potius sunt, quàm regulæ nostræ contraria, rectèque illa omnia perstringit Negusant. *d. l. loc.* ubi duodecim fallentias ponit.

XVI.

Ad l. 99. eod.

An alterius generis nummi, quàm cujus crediti sunt, invito creditori solvi possint?

Affirmo. 1. Quia in moneta non corpus sed valor & potestas spectatur *l. 35. ff. de aur. & arg. leg.* Ideoq; nihil refert, sive creditor pro aureis argenteos, vel contra pro argenteis aureos accipiat. 2. Quia leges nominatim favent debitoribus in ambiguis *l. 47. de O. & A.* sibique imputet creditor, quod legem contractui non apertius dixerit. 3. A contrario: creditor non cogitur in alia forma nummos accipere, si damnum ex eâ re timet. *l. 99. de solut.* Ergò si nullum damnum timet, cogitur: valetque hîc argumentum, quia nulla potest dari diversitatis ratio. Oppon. Aliud pro

alio invito creditori solvi nequit, *l. 2. ff de reb.cred.* R. Illa regula locum sibi vindicat in cæteris rebus, puta vino, oleo, frumento &c. in illis enim corpus & species spectatur, in pecunia verò valor & potestas *d.l.35.de aur. & arg.leg.*

XVII.

Nummorum mutatione sive in bonitate intrinseca sive extrinseca contingente, solutio secundum valorem, qui fuit tempore contractus facienda est.

1. Quia semper id attendi debet, quod inter contrahentes actum est *l.semper de R.J.* At in obligatione de æstimatione pecuniæ actum intelligitur. Substantia enim monetæ in æstimatione consistit *l.1.ff.cont.emt.* nec verosimile est, contrahentes de futuri sed potius præsentis temporis æstimatione cogitasse, *ut eruditè probat Guid.Pap.quæst.494.* 2. Quia pecunia functionem in genere suo recipit; neque refert utrum sit diversæ speciei vel materiæ *l.65.de V.O.* Proinde æstimatio ejus non verò corpus in contractum deductum esse videtur. 3. Suadet naturalis æquitas, quæ cum pro lege habeatur, maximè attendenda est *l. cum ratio. ff.de bon.damnat.* Quid enim rationi magis consentaneum, quam valore monetæ sive aucto sive minuto, creditorem tantùm, quantum dedit, recipere; debitorem autem tantum quantum accipit reddere cum neuter damnum inde patiatur *l. Rutilia.de cont. emt. & l.3.de reb.cred.* Quod certè fieret si tempus solutionis attenderetur. 4 Probatur per *c. olim. de censib.* Nec audio *Fachin lib.2.c.9.* illud de mutatione intrinseca intelligentem, cum manifestissimè textus de utraq; loquatur. Ab hac opinione non tantum rationibus, verum etiam æquitati consentanea communiter Dd. teste Fach.*d.l.2.c.9.* recedunt (vide Bart. *in l.17.de reb.cred.* Gail.*2. obs.73.* Menoch.*cas.49.* Wesenb.*par.de reb.cred.n.12.*) distinguentes inter monetæ mutationem extrinsecam & intrinsecam; in hoc nostræ arrident opinioni, in illo distinguunt inter debitorem in mora existentem, & nullam moram facientem: priori casu ad debitorem incommodum, posteriore & damnum & commo-

modum ad creditorem spectare ajunt. Quod moram debitoris attinet non resisto, propter *l.21.§.3.de act.emt.l.3.& l.22.de reb.cred.* Costal. *ad l.42.ff.de jur.dot.* Sed posterius nego ex supra dictis. 1. Opp. *l.9.ff.de aur.& arg.leg.* ubi æstimatio præsentis temporis facienda est: præsens autem tempus de solutionis tempore intelligendum, *gl.in d.l.9.* R. Non tanta autoritas glossæ est, ut expressos textus invertat, quibus præsens tempus de testamenti conditi tempore intelligitur *l.7.d.tit.l.41.§.testamento.d.leg.3.* 2. Opp. *l.22.ff.de reb.cred.* R. Diversa ratio hic est: vini enim æstimatio est accidentalis, nec censetur in contractus ejus habitam fuisse rationem, quod non est in moneta, cujus æstimatio in contractu statim attenditur *per sup.dicta.*

XVIII.

Ad l. 4. eod.

Acceptilatio nec in diem, nec sub conditione fieri potest.

d.l.4.l.5.de accept.l.actus.77.de R.J. Quanquam aliàs regulariter, quod purè fieri potest, pariter & sub conditione fieri potest, *§.emptio.Inst.de emt.& vend.* 2. Quia solutionis exemplo acceptilatio inducta est. *d.l.5.* Vera autem & naturalis solutio non fit, nisi pecunia in præsens numerata *l.3.de pignor.act.* Fictio enim id in casu ficto operari debet, quod operatur veritas in casu vero, *argument.l.23.de lib.& post.l.16.de adopt.Wesenb.par.hic n.5.* Hoc tamen de conditione expressa intelligo: Nam in tacita, quæ ex natura actus intelligitur, aliud dicendum *dict.l.actus.77.ubi Dec.numer.8.*

XIX.

Ad l. 8. in pr. de accept.

An inutilis acceptilatio utile pactum habeat?

Affirmo, per *d.l.8.* nisi in hoc quoq; contra sensum est, quo adhoc scilicet, ne valeat acceptilatio vi pacti, quibus verbis occurritur ab Ulp. sequenti cavillationi, ut docet Gœdd. *ad d.l.177.ff.de V.S.* & probatur hæc sententia etiam *l.27.§.pen.ff.de pact.* Nec quic-

quicquam negocii facit, quod inutilis ſtipulatio utile pactum non habeat *l.1.C.de contr.ſtip.l.1.§ ſi quis ita de V. O.* Acceptilatio autem fiat per ſtipulationem. Diverſa enim ſtipulatio eſt ab acceptilatione, cum illa obligationem, hæc liberationem pariat *§.Item per acceptilationem.Inſt.quib.mod.tol.ob.* Quodque proniores ſimus ad liberandum quàm ad obligandum *l. Arianus. ff. de O.& A.*

XX.

Ad l. 13. §. 10. de accept.

An acceptilatio per procuratorem fieri poſſit?

Nego per *d.l.13.§.10.l.pen.eod.* Proprium enim actuum legitimorum inter cætera hoc eſt, ut non fiant per procuratorem. Cujac.*lib.15. obſerv. 16.* Duar. *h. t.* Acceptilationem autem inter actus legitimos numerari notiſſimi juris eſt.*l.actus 77. de R. J. l.4. de accept.*2.Quia nemo alteri ſtipulari poteſt.*l.ſtipulatio.38. §. alteri.ff.de V.O.* Acceptilatio autem fit verbis per ſtipulationem *l. 1. de accept.* Weſenb *par.eod.n.3.*1.Opp.*l.3.h.t.* ubi Paul.ait, per procuratorem nec liberari, nec liberare quemquam poſſe ſine mandato acceptilatione. Ergò cum mandato poteſt. R. cum Cujac. *d.obſ.16.hanc l.*explicandam eſſe *ex d.l.13. §.10.* quod videl. procurator poſſit præcedente mandato obligationem novare, & poſtea acceptilationem expedire *l.4.C.eod.tit.*ut propterea non opus ſit, cum Hottom.*Illuſt.quæſt.34.* hæc verba; *Sine mandato*, corrigere & pro illis legere *Sine novatione.*2.Opp.*l.8. §.1.& 2.l.11. ff. d. t.* quarum ſolutionem ex jam dictis petere licet.

DISP. XXIV.

DISPUTATIO VIGESIMA QUARTA.

R. PETRO RITTERO ISLEB.

Thesis. I.

Ad l.1.de privat.delict.

Condictio furtiva in solidum datur contra furis hæredem.

Nihil est turpius ingenuo, nihil minus libero dignum (*inquit Cic.4.act.in Verr.*) quam in conve̅tu maximo cogi à magistratu furtum reddere. Idem ille furti & furum indignè factum pluribus *3.offic.* execratur, quæ causa ut & Romani odio pessimi delicti plures introduxerint actiones, quibus fures contra tantò rectiùs dominis veris provideri posset. *§. planè Inst.de actionib.* quæ jugiter usq; adeò eos accusant, & corda eorũ, instar vulturis Titii, lancinãt, ut nec apud inferos eos quiescere patiantur, sed & post mortem odia plusquã Vatiniana co̅tra successores eorum exercent. Tacta quidem levi brachio ratio nostris, cur id speciale condictioni furtivæ tributum, quam agnosco, sed non sufficientem, turpitudo quidem permagna, furari, at quis non persimilem in permultis aliis cernit, ubi tamen extorsio turpiũ lucrorũ sufficere putatur. *l.5.de calumniator.l.itaq; 29.de dol.* quare addere par fuerat, frequentiã criminis, quæ odia expostulavit majora, quod ut tantò firmius teneamus, videndũ quomodo communis hęc opinio subsistat, perpetua hęc juris regula est, & à nostris magno consensu recepta. Ex persona hæredum conditionem obligationis non immutari. *l.2.§.ex his igitur 2.ff.de V.O. l.cui fundus. ff.de condit.& demonst. l.prætoriæ.§.incertam.ff.de prætor stipulat.* Conditio autem condictionis hæc est, ut contra furem omni dubio procul in solidum competat. *l.8.l.*

 ult.

ult.& tot.tit.de condict.furt. Ergò & contra hæredem ejus: accedit, quod in re furtiva fiat quidem condictio corporum, sed tandiu saltem quandiu extiterint; iis enim pereuntibus succedit æstimatio. *d l.8.de condict.furt.* Ergò ut maximè non corpora ad heredem pervenerũt, æstimatio tamen, quæ eorum vicem subit, pervenit; Et sic per consequens præstabitur. *l.44.l.38.l.111.§.1.de R. J.* Facit, quod fur perpetuò in re furtiva moram facere intelligatur. *l.8.§.1.de cond.furt.* usque adeò, ut licet fur paratus fuerit excipere condictionem & per rei dominum steterit, dùm in rebus humanis res fuerat, condicere eam, & postea res perempta fuit. *l.final. de condict.furt.* At moræ hic effectus est, ut obligationem perpetuet non tantùm debitoris sed etiam hæredum & successorum, licet res amissa & perempta sit. *l.23.§.91.§.sequitur.de V. O.* Denique hanc sententiam confirmat *l.9.de condict.furtiva.* qua in solidum adversus hæredem cõdictionem furtivam dari claris verbis exprimitur: non ignoro, *Cujac.13.observat.37.d.l.9.* exaudire in casu litis contestatæ, sed non fine divinatione maxima, cum neque litis contestatæ mentio fiat neque secundum eum aliud juris statuendum foret in actione furti, quæ quamvis pœnalis sit, si tamẽ cum fure lis conestata sit, contra hæredes in solidum competit. *l unic.C.ex delict.defunct.l 58.de obl.& act.l.87.de R. J.* pertraxit *Cujacium* in eam sententiam, *l.9.cum seq.ff.de tutel.& rationibus distrah.* quibus morte furis condictionem interrire probari contendit, sed nisu planè irrito, nam vel *Cujacio* invito verum illud manet, si quid ad hæredes pervenit, illud hæredibus omninò extorquẽdum *d.l.5.de calumniator.* quod tamen *ex Cujac.sententia* minimè procederet, cum nulla supersit condictio, per quam repetitio daretur. Ergò quod morte furis actiones interire dicuntur, audacter exaudi *cum Accurs.* de actionibus pœnalibus, scilicet furti & damni injuriæ, Generale illud dubium movere videtur: Actiones ex delicto defuncti descendentes non contra hæredes dari, nisi quatenus ad eos pervenit. *l.sicuti.38.de R. J. §.non autem Inst.de perpet.& tempor. actionibus.* Condictio autem datur ex delicto. *l.si ambo.10.§.2.ff.de compensationib.* sed perperam illud, condictio occasione delicti, non autem ex ipso delicto competit; est enim rei persecutoria. *l.7.§.ult.de cond.furt.* & propter delictum ad rem datur. *l.12.C.eod.* cætera *Cuj.* refutavit *A. Fab. 4.conject.1.*

II.

Ad l.12. ff. de furt.

Sed etsi res pignori data sit, creditori quoq; damus furti actionem, quamvis in bonis ejus non sit. Quinimò non solùm adversus extraneum ei dabimus, verùm etiam contra ipsum quoque dominum furti actionem, *& ita Julian. scribit*, nec non & ipsi domino dari placet, & sic fit, ut non teneatur furti & agat, *verba sunt d l.12. §. penult.* quæ nonnihil à *Zoan. restitut. c. 12.* inversa sunt. Et SIC FIT, IDEM TENEATUR FURTI ET AGAT, ut sit sensus, cū dominus rē datam pignori furtim abstulit, ipse deniq; domino extraneus sit eam furatus, creditor adversus dominum, & dominus cōtra extraneum furti agat, quę correctio *Cujacio*, suppresso nomine *Zoan. placuit. 4. inst. 2. & 7. sententiar. Paul. 31. 11. observat. 11.* forsan displicet *Anton. August. 1. emendat. 3.* cui satis fuit hoc indicasse, se quosdam negantem in orationem ajentem convertere scire: apertius improbat *Johan. Robert. 2. recept. lect. 9.* ut intelligamus (*inquit*) ex eo, quod *Ulpian.* dixerat. Creditori adversus extraneum competere furti actionem in ea quoque specie, in qua debitori, qui ipse creditori subtraxisset, fuerit ablata, id eum inferre, quia tunc & creditori adversus extraneum furti actio competat, ideò fieri, ut furti tunc non teneatur debitor: ideoq; & is quoque furti rectè adversus extraneum agat, sicque prædicta regula illi agere volenti non obstet, quæ interpretatio nihil incommodi habet & receptam multis seculis lectionem tuetur, & ut mihi videtur, planè in sequentibus verbis confirmatur: quod enim regeri posset, quomodo creditori eo in casu, quo debitori res subrepta est, actio furti competere posset, resolvitur ex eo, quia utriusque interest, creditoris præsertim, cum tutius sit pignori incumbere, quàm in personam agere, quod verò *Glossella* addidit, quando extraneus fecit, planè ineptum est: quis enim dubitarit unquam, dominum furti non teneri, quando non ipse, sed extraneus furtum duntaxat commisit? quis *inquit Zoan.* sanè judicii hæc fateri non erubescet? ut itaque & sensus rectus & ratio dubitandi sit, sic dicendum est. Nec litem alit, quod forsan domino objices, tritum illud nostrorum: Furi actionem furti non dari, ne scilicet ex improbitate sua actionem consequatur, *l. bona*

fides.31.deposit. quoniam nec id generale est. *l.48.§.si ego.ff.de furt.* & dominii occasio aliud in nostro casu suadet.

III.

Ad l.50.§.1.eod.

Num hæ duo conjunctim, Ope & Consilio, *requirantur, vel alterutrum fecisse sufficiat?*

Donell.15.comment.29.Pac.4.ἐναντ.24. conjunctim illa requirunt, ut neque furti teneatur, qui consilium furandi dedit, si opem non tulit, neque qui opem tulit, nisi consultò fecerit, ut furtum committeretur §. *interdum. Inst. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Undè sæpissimè hæc duo conjungi videmus *in d.l. 50. §. 1. ibi: ope & consilio ff.h.t.l.6.ff. de condict. furt.* quod impugnant *Gœdd. ad l.53. nu.16. de V. S. Wesenb. in π, nu.11. de furt. Mynsing. ad §. interdum Inst. h. tit.* qui alterutrum sufficere volunt. Propterea 1. quia illa duo separantur *in l si quis uxori.52.§.neque 19.ibi: quare & opem ferre. vel consilium dare. ff. de furt.* 2. quia qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium, vel armarium, vel scalam, sciens, cujus rei gratia id fieret, commodaverit ad ascendendum: licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur. *l. si pignore. 56. §. pen. ff. h. t.* 3. Quia consilii non fraudulenti nulla est obligatio, cæterum si dolus & calliditas intercessit, obligat *l. consilii. 47. ff. de R. J.* 4. Quia is qui servo persuasit, ut surriperet domino res suas, furti tenetur. *l.20.C. de furt.* atque ita ex solo consilio. 5. Probat id evidenter. *l sæpè 53.* ibi: sed verius est, quod & Labeo ait, separatim accipienda; ratio annectitur, quia aliud factum est ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit. *ff de V. S.* quod placet.

IV.

Ad l. si quis uvori.52.§.20.eod.

Qui sine voluntate mea equis meis in spem

spē gentis subjecit equas suas nō tenetur furti. *d. l. si quis uxori. 52. §. 20. h. t.* nisi furandi quoque animum habuerit, hoc est, celandi, supprimendi, & lucrandi animo eos retinuerit, quēm si non habuerit, in factum agendum est, propterea quia non ex voluntate domini equos summisit, in quam veniet id quod interest, si forte ex ea re læsi fuerint equi non admissarii, nulla oblata mercede. Nam pleriq; solent, nō nisi mercede certa. equos admissarios summittere equitibus alienis (*Cujac. 13. observ. 6.*) opponi solet *l. furto. 82. §. qui ancillam. ff. h. t.* qui vult etiam eum furti teneri, qui non lucri faciendi, sed explendæ libidinis gratia, alterius ancillam subducit, quod tamen per contrarium negat *l. verùm est. 40. ff. eod.* nec enim (*inquit JCtus*) factum quæritur, sed causa faciendi; causa autem faciendi libido fuit, non furtum. Verùm rectè *Accurs.* aliud (*inquit*) in meretrice, qui meretricem abducit, quoniam non in alium usum quam destinata est transfertur, furtum dici non potest: at qui ancillam non meretricem libidinis gratia surripit, propter interversum ejus usum, omninò fur dicetur, atque ita nec cum casu *d. l. 52. §. 20.* pugnat, in quo usus manet idem, ad quem equi illi destinati fuēre.

V.

Ad l. cum creditor 57. eod.

Quæritur, si rem sibi pignoratam creditor auferat, an furtum committat?

Negat id *Paul. in d. l. cum creditor. 57. h. t.* quia non videtur cōtrectare, sed pignori suo incumbere: Atqui vim committere dicitur, & tertia parte bonorum mulctatur, & infamis fit. *l. si creditor. ult. ad l. Jul. de vi priv. l. extat. ff. quod metus caus. R. Donell. ad l. 3. nu. 2. C. de pign.* Furtum non facere, quia dolo malo contrectat, sed nihilominus vim facit, quæ responsio fuit veterum (*Bartol. ad d. l. cum creditor. h. t.*) sed dubium facit *l. 3. C. de vi bonor. rapt.* constat enim raptorem improbiorem furem Justiniano esse, quod & verum intuitu violentiæ, quæ improbissimum ostentat animum, & si res poscat, quævis audentem, verum in casu nostro saltem animum lucrifaciendi inspicimus, qui ab hoc

nostro creditore abest, quinimò, si non displiceret, contenderé nec hunc nostrum de vi teneri, modò quod velim, casum effingas pacti conventi, *juxta l.3.C.de pignorib.& ut Bartol.refert*, hic fuit intellectus *Cyn. in l. si quis in tantam. Cod. und. vi.* & hoc in casu manifesta utriusque delicti & furti & vi apparet ratio: de illo dubium non est, quoniam animus lucrandi abest: De hac quoque dubitari minus debet, cum ei pristinus consensus debitoris & expressa lex contractus astipulentur, quamvis enim pactum illud juris ordini nonnihil refragetur, tamen cum mutuus debitoris & creditoris consensus intervenerit, ad excusandum quadantenus creditorem pertinebit. *(Iacob. Lect. in tr. de pœn. ad l. ult. ad l. Iul. de vi privat.)*

VI.

Ad l. fin. eod.

An pœna strangulationis, quâ hodie fures afficiuntur, æquitati naturali innitatur? A.

Miram videre videor *(inquit Ant. Guib c.18. in suo polyhistor.)* in re natura turpi & illicita humanarum opinionum varietatem: reperiuntur etiamnum hodie *(inquit Moller. 1. semest. 37.)* quibus nimis durum & iniquum videatur, ob exiguam pecuniæ summam morte hominem mulctari, quod neque lege Moysi, neque legibus antiquis Romanorum, tâ civilibus quàm prætoriis, pœna mortis in fures statuta est, ut elegantiùs persequitur *Fornerius 1. select. 15*, quamvis cum nocturno fure, vel arborum, pecuniæ vè sacræ aut publicæ severius agatur. *l. 4. ff. ad l. Aquil. l. furem 8. ff. ad l. Cornel. 2. ff. Arbor. furt. cæsar.* Capitali enim fraude ac pœna digniora sunt furta, quæ cum alio flagitio conjunguntur, ut sic opinor delicti & pœnæ proportionis ratio habeatur, quæ certè in omnibus attendenda est, ut sapienter *M. Cic. 3. de legib. ait.* Noxiæ pœna par esto. At quæ erit hæc proportio, ut ob rem corruptioni obnoxiam & furto subtractum homini vita adimatur? cum hominum causâ totus mundus, & omnia quæ in eo sunt, creata sunt. *l. 2. Digest. de stat. hom.* Cum hominis liberi nulla æstimatio, hominis cum bonis nulla comparatio sit. *l. 1. §. sed cum liber homo, ff. de his. qui dejec. l. huic. scriptura.*

pturæ.§.fin.ad l.Aquil. nec sanè(*vt pleraq; adversariorũ prosequamur*) inficiari potest, crescentibus delictis pœnas exasperandas esse: si id modò eodem pœnæ genere fiat; ut scilicet cum pecuniariter deliquerit, & pecuniariter puniatur: quod ut sacris literis consentaneum, *Exod.22.* Ita jure Rom receptum lege enim *Portia* & edictis prætorum, dupli, quadrupli pœna inducta fuit; unde *Cato in præfat. libri de re rustica*: Majores (*inquit*) nostri sic habuere, & ita legibus posuere, furem dupli condemnandum, fœneratorem quadrupli. Si dixeris fures sæpissimè esse pauperes, ut nec simplum quidem, nedum duplum aut quadruplum reddere possint: Tũc compedibus constrictos laboribus addicendos, ad triremes damnandos respondebimus. Sic quoque Romani ob maleficii sũmam atrocitatem non facilè vitam cuipiam adimebant, sed potius reos pœnæ servos fecerunt, ac in opus publicum, utputa ad metallum, lapidicinas condemnabant, ut vincti perpetuò vel ad tempus utiliter servirent. *l.capitalium §.divus ff.de pæn.l.7.§.ad tempus.ff.de interdict. & releg.* atque ità mercede conducere eis operarios necessum non fuit, ex quo & magna ad Rempublicam utilitas manabat, quinimò & major pœna est, si damnatus in opus publicum, ut perpetuò pœnam subeat, major, inquam, pœna & terror incutietur reliquis major, cum tamen naturæ benignitatem & clementiam, servando homini vitam, exinde conspicere liceat. Hæc & similia à nonnullis, ut existant furum defensores, proferuntur: quibus rectè cum *D. Augustino* dixeris. Nostrum non esse leges condere, sed conditis parere, nec de legibus, sed secundum eas judicandum esse, quasi etiam nec hujus pœnę ratio maxima sit, & veteribus Romanis usitata. *l.fin.ff.de condict caus.dat.l.16.§ qui rem.hac l.nostra Forner. d. loco* & Draconis legibus institututa. *Plutarch. in Solone. Gellius 11. noct. Att. ult.* leve est, quod illi summopere urgent, proportionem pœnæ cum ipso delicto instituendam esse, institui & nos volumus, & eam collimamus, sed falluntur, dum rem & non qualitatem delicti intuentur, qualitas delicti quæ ex eo apparet, an videlicet & quatenus rempub. ac salutem communẽ lædat, facilè delicti & pœnæ ejus proportionem ostendit. Cum constet, fures societatem humanam non minus violare, Reip. sedatum statum turbare, quàm homicidæ & adulteri, ut pluribus voluit *Wesenb. in par. h.t. n. fin. vid. Moller. d. lo.*

Non-

VII.

Nonnunquam contingit, ut fur rupto laqueo de patibulo cadat, unde Dd. nostris crux orta, an jure adhuc suspendi posit? quod nego.

Dubia hæc quæstio est & difficilis, neq; jure nostro definita. Proinde quod rationi & interpretibus sanioribus consonum arripiendum erit, & ex eo primum negativæ opinionis fundamentum ducimus. Dubium est. E. benignior interpretatio arripienda erit. *l. semper in dubiis. ff. de R. I. l. ea quæ. ff. de pœnis.* Benignior autem hæc interpretatio, ut absolvatur reus, quàm ut condemnetur. Unde Jctus in *l. absentem. ff. de pœnis.* ait: satius esse nocentem absolvere, quàm innocentem condemnare. Facit & huc ratio *l. Arrianus. ff. de O. & A.* faciliores nos esse debere ad liberandum quàm ad obligandum. Secunda ratio hæc sit: Post sententiam & conclusionem in causa criminali semper ad probandam rei innocentiam novæ probationes & præsumptiones recipiendæ sunt, *Hipp in pract. §. occurrunt. n. 3. Wesenbec. in parat. de probat. n. 9.* At hæc si non probatio, saltê præsumptio momenti non exigui erit pro reo Dei potius omnipotentis, quam voluntate judicis servato *arg. l. nihil interest. 32. ff. ad l. Iul. de adult.* ideoq; si protestatur post lapsum de sua innocentia, absolvendus erit; nec enim volumus ipsum absque discrimine liberari. Quid enim si omnibus de ejus malitia & innocentia constet? anne eum liberandum esse censebimus? neutiquam, sed potius per incantationes instanti pœnæ ereptum dicemus, ut *Bald.* voluit *in c. venerabili. de testibus.* nec tamen requirimus, *ut post alios in terminis voluerunt Clar. in §. fin. quæst. 98. n. 9. Alciat. in tr. d. præsumpt. 44.* reum de sua innocentia, priusquam supplicio subjiciatur, protestari debere. Siquidem (*ut rectè D. Virgilius Pingitz. socer honorandus. decis. Ienens. 7. subjicit*) in tantis angustiis, & extremo vitæ discrimine cõstitutus, & quasi attonitus, singulis momentis carnificis ictum expectans, magis sollicit⁹ esse præsumitur de salute animę quàm corporis: sufficit & itaq; post lapsum eam interposuisse, ut sic judex uberiorem habeat accuratius cogitãdi occasionem de liberatione vel mitigatione pœnę. Varia hujus exempla refert nobis

adsistens

adsistens *Boer.decis.317. n. 18.* Non obstant dubitandi rationes à socero meo allatæ; quod enim primo loco adfertur, hunc casum legibus decisum non esse, ut verum arripimus, & pro sententia nostra ut argumentum firmissimum apponimus, quia decisus non est, ideoque meritò ad mitiorem interpretationem rejecta strictiore transimus. *arg. l. placuit C. de judiciis.* non etiam secundo loco posita objectio obest: nam quod dicunt, delicta punienda esse *l ita vulneratus ff. ad l. Aquil.* & nos puniri volumus; & hic noster pœnam sustinuisset, nî miraculosè ipsum liberasset non cœca & impia fortuna, sed inevitabile, & justum divini numinis arbitrium, ut, sic non vel adversariorum præpotente potentia, vel qua alia ratione innocens (ad eum enim hæc mea se dirigunt) & miser reus interiret, judicium oculorum caliginem, mentis & judicii cœcas latebras aperiret, & ad Solis lucem cæcutiẽtes, hac sua submonitione perspicatiores, & in condemnãdis levitatem commonstret. Exempla hujus rei scimus, & mecum alii. Cogitent judices non de glande legenda, non de oleo, vino aut tritico legato agi, sed de hominis vita & existimatione: ibi si erratur, jactura est exigua; hîc major esse nequit. Vide ergò judex, ne innocentem condemnes, nec te moveant vanæ vulgi errantis voces, fracturam laquei fraudulenter artibus & præstigiis Sathanæ, vel ex debilitate funiculi fieri posse, aperi oculos, judicium adhibe, tute enim scire potes, quantum his dictis fidei adhibere debet. *arg. l. 3. de testibus.* Si fallaciarum debilitatisvè ulla subsit suspicio, quod jus justitiaq; jubent, exequere. Nec enim ad eum casum nos tendimus, circumstantias diligenter rimari volumus, & insolitum casum, & divina prudentia contingentem collimamus, non fraudulentum, non magicum. Ergò vide judex, ne innocentem effundas sanguinem, ne impium justifices. *l 2. C. de his qui late, &c.*

VIII.

Ad Tit. Furt. adverſ. naut. caupo.

An liberetur caupo à custodia, si hospiti cubiculi clavem tradiderit?

Negant communiter Dd. ne videl. detur materia fabricandi falsum, & occasio cum furib. coeundi, quæ ratio Prætorem mo-

vit,ut adversus Nautas,Caupones,Stabularios,tres sc. nebulones,edictum gravissimum constitueret *l.1.§.2.ff. Naut. cap. & stabul.ut recept.restituant*,confirmat hanc opinionem *l.debet.7.§.1.ff. naut.caup* quæ nominatim requirit, ut caupo prædicat, ut unusquisque vectorum res suas servet: non ergò sufficit clavium traditio, in qua nulla est prædictio, aut si quæ est, illa salt. in præsumpta,quæ attendi non debet,*arg l.itaq.ff.de edil.edict.l non intelligitur.3.§.si quis palam.1.ff.de jur.fisc.l.vi lcamus.§.1. & ult.ff. locat.* quinimò eam excludit præsumptio favorabilior,&stans fortiter contra cauponem,sc.claves eo fine traditas esse, ut tantò facilius & quando voluerit hospes,res suas accipere possit,quàm nos acceptare par est,ut tantò magis cauponum genus,aliàs nequam, constringatur, nec quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum,cum in ipsorum arbitrio sit, ne quem recipiant, ut inquit *Ulp.in l.1.§.1.ff.Naut.caup* &c. quanquam dissentiendi avidus bonum habeat textum in *l.clavibus.74.ff. de contr.empt.* ubi traditur clavibus traditis, & rerum in horreis conditarum possessionem traditam videri, quam conclusionem statuunt ibid. *Bart. Alexand.& Alberic.l cum pater.§.pater pluribus. ff. de legat. 2.* & probatur in *l.qua ratione.§.item si quis.ff.de acquir.rer.dominio. l.1.§.si jusserim.ff.de acquir.poss.* claves enim custodiunt & conservant res ipsas, *ut loquitur Tiber.Decia. 2.consil.35.n.25.* verum si, quod res est,dicere velimus, longè alia ratio est traditarum clavium rebus venditis, quàm hospitio locato; illo modo nullus alius earum erit usus aut esse poterit, quam ut signum sit venditionis celebratæ,& pro traditione, nostro autem casu facilioris inspectionis & accessionis gratia traditæ præsumuntur, quod dictum est.

IX.

Ad tit. vi bonorum raptorum.

Rapinæ mitiorem pœnam,quàm furto præstitutam esse negamus.

Furum sunt varia genera*(inquit Cujac.6.obs.2)*alii improbiores sive atrociores,qui raptores dicuntur, & crimen publicum admittunt.*l.2.§.utilius.ff.de bon.rapt.* alii sunt fures non adeò improbi,qui non admittunt crimẽ publicum.Hi clàm delinquunt,ille

pa-

palàm, ex quibus colligo, ridiculum fore levioris conditionis esse eum, qui rapit, quàm qui clàm amovet. Et cur furti pœna tenetur? an non quia invito domino rem alterius contrectat? opinor. At quis magis invito domino rem alterius contrectat, quàm qui per vim rapit, quin contendam, si diversitatem pœnarum urseris, furibus leniorem præ raptoribus pœnam imponendam esse, quia hi magis communem Reip. statum, quàm fures lædunt, pessimoq; exemplo & violenti rapacitate se nihil non ausuros, sacra profanis, si ita ipsis sederit, mixturos, ostendunt, atque adeò nihil ab ipsorum immani ausu immune futurum, cùm tamen furum timiditas potius, quàm audacia ex clancularia subtractione appareat, quibus etiam facilè omnis surripiendi ansa præcludetur, tua si diligenter asservaveris, quæ etiam (*nisi fallor*) ratio est, cur præter actionem vi bonorum raptorum criminaliter quoq; cōveniri potest judicio publico de vi publica & privata. Falluntur itaq; *Zas. Jas. & Dd. ad §. ex maleficiis. Inst. de act.* Illud affirmantes; fallitur itidem *Myns. in pr. Inst. h. t.* manifesti furti actionem contra raptorem denegans, manifestus fur dicitur *in l. si vend. 80. §. cum raptor ff. de furt.* E. & pœna furis manifesti tenebitur, unde & simpliciter furti actionem contra ipsum concedit *Imp. in pr. Inst. h. t. arg. l. de pretio ff. de pub. in rem act.* Nec obest *l. 1 ff. vi bon. rap.* ubi dicitur, eum qui rem rapuit, & furti nec manifesti teneri in duplum, & vi bonorum raptorum in quadruplum. Nam respondendum est, raptorem vel comprehendi in ipso delicto, vel non *§. quadruplum. h. t.* si in ipso delicto raptor comprehendatur, agi cum eo potest furti manifesti, si non comprehendatur in ipso delicto agetur cum raptore furti nec manifesti. *d. l. 1. h. t.* ut tamen id conferatur in arbitrium actoris, ut possit, si velit, propriam actionem vi bonorum raptorum intentare. Nec ex eo rectè colligimus, inutilem esse hanc actionē, cum idē actione furti consequi possumus, raptor enim indistinctè, sive deprehēdatur sive non, pœnā hanc incurrit, & sine animo lucrandi furtū non cōmittitur *l. 1. §. 3 ff. de furt.* Rapinæ autem in uriæ, ultionis, petulantiæ, quo casu furti actiones cessant, *l. quod injuriæ. 53. ff de furt.* cū maleficia voluntas & propositū delinquentis distinguat. 2. Nō obstat, quod in raptore sit actio mista & pœnalis, in furem tota & perpetua. Fur n. ita demum, si deprehendatur, quadruplū

pendit. Raptor indistinctè, quamvis non deprehendatur, semper eandem pœnam subit. *Rainold. Corf. indag. 5.*

X.

Ad l. 9. vers. si verò de incendio, ruina, naufrag.

An vicinus vicino, ex cujus ædibus incendium ortum fuerit, damnum resarcire teneatur?

Distinguendum est (*inquit And. Gail. 2. obs. 12.*) utrum vicini, an verò sine ejus culpa incendium exortum sit, ut illo casu teneatur, hoc non item, quæ sententia est verissima. Verùm hoc loci illud in considerationem venit, cuinam hujus rei probatio incumbat, actori vel reo. Sunt qui reo, h. e. ei in cujus ædibus incendium exortum est, probandum dicant, quia vicinus præsumptivè intentionem suam probatam habet. *l. 3. §. 1. ff. de officio præfect. vigil. l. si vendita ff. de peric. & com. rei vendita.* In priore traditur: Incendia plerunq; culpa inhabitantium fieri: in posteriore dicitur, incendium sine culpa fieri non posse (etsi de posterioris legis veritate disceptetur, quam explicat *disp. 11. q. 7.*) ideoq; nisi contrarium probaverit reus, huic præsumtioni stabitur. Et hanc sententiam tuetur *Dan Moller. 4. semest. 3.* Alii verò arbitrati sunt, reum non teneri, sed actorem compellendum ad demonstrationem certæ personæ. *ut Rol. Valla. 95. consi. vol. 2. fol.* (mihi) 559. quos novissimè secutus est omn. latissimè hanc quæst. tractãs, *D. Virg. Pingitz. decis. Jenens. 24.* & ut nos sequamur, sequẽtes rationes faciunt. Certum est ad hoc, ut quis damnum ex incendio contingens emendare cogatur & condemnari possit; ultra alia imprimis hoc requiritur, ut is, qui convenitur doli aut ejus culpæ nomine, quæ punibilis est, obligatus sit. Incendia autẽ multis modis pura fatali malo, aut per vim majorem, cui resisti non potest, item dolo tertii, & culpa familiæ contingere possunt, ut ex regula juris jam concludamus, in dubiis reo quàm actori favendũ esse. *arg. l. 2. ff. de probat.* itẽ ex alia, in incertis condemnationẽ sequi non posse *Rol à Valle. d. loc. n. 11.* Secũdò incendium inter casus fortuitos cõnumeratur. *l. cõtractus. 6. §. fin. ff. de R. J. sic ut certo. §. quod* ve-

verò senectute ff. commod. Ergò de incendio non tenebitur, nisi culpa ejus factum probatum fuerit. Tertiò ex eo confirmat *Rol. à Valle d. lo.* Teneri ignem in domo, non est prohibitum, cum sit unum ex quatuor elementis (etsi hæc negent quidam ex Philosophis) sine quibus homo vivere non potest, quoties autem quid faciam de genere permissorum, si quid ex iis faciam, præsumtio pro me est, quæ transfert onus probandi in contrarium. *arg. l nec non §. quod eis ff. ex quibus causis major.* nec quicquam officit in contrarium allata dubitandi ratio, præsumi sc. culpa inhabitantiũ incendia fieri, quinimò hoc ipsum nõ negamus, sed vi istius præsumptionis condemnari reum debere inficiamur, ut eleganti collectione demonstratur *ab Alpheno in d. l. si vendita ff. de peric. & com. rei vend.* quia inquit, sine patrisfam. culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum est, continuo dominus in culpa erit, & hanc sententiam in pronunciando hujus illustris Salanæ Magnificus JCtorum ordo sequitur.

XI.

Ad tit. de Injuriis.

Injuria verbalis alia repelli potest.

Arma arma repellere licet. *l. 3. ff. de just. & jur.* E multò magis verba verbis, nî illud jure expressum dixeris, hoc non item. Replicabo argumentum à majori ad minus, replicabo itidem rationis identitatem; quæ enim esset inter hunc & superiorem casum differentia? nec hæc levia sunt, majus illud est, quod suppeditat *d l. 3.* ut vim (*inquit JCtus*) atque injuriam propulsemus. At in casu nostro injuria facta est, & eam propulsari volumus, nî & hic cavillari cum quibusdam velis, textum *d. l. 3.* loqui de reali non verbali injuria. Sed dico de genere affirmatum, & de singulis speciebus affirmatum censeri: & hoc apponimus, famam & honorem pari passu cum vita ambulare *arg. l. justa. 8. ff. de manumiss. vindict.* & ignoscendum ei esse, qui provocatus se ulcisci voluit. *l. 14. §. 6. ff. de bon. libert.* item nihil ipsum delinquere, quid agit, non ut alteri, sed ne sibi nocitum sit. *l. 2. §. idem ait. 9. ff. de aq. plu. arcend. Wurmbs. 1. tit. 47. q. 18. Vaud. 1. var. q. 29. Gail. 2. observat. 101. n. 3.*

XII.

Ad l. 1. §. fin. eod.

Quærit Bartol. an si fiat injuria meo famulo, mihi injuriarum actio competat?

Multæ hujusmodi quæstiones à nostris cumulari hîc solent, utrum domino pro famulo, Abbati pro Clerico, Domino pro vasallo competat, *Bartol.* dicit, quia per illos domini injuriam pati videantur, quod sic. De vasallo definitio *Innocent. in c dilectus. de appellat & Baldi in c. 1. §. injuria de pac. jur. ter.* extat. rectè distinguendum monet purior *Ulp. in l. 15. §. item si liberum. 48. ff. h. t.* ut si in meam contumeliam pulsatus sit, competat mihi injuriarum actio. & eò etiam spectat *Bartoli* ratio, quod si constat injuriantem non domini personam respexisse, nulla ratio est, ut eum injuriarum teneri domino dicamus.

XIII.

Ad l. 15. § 10. eod.

Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit, non tenebitur.

d. l. 15. §. 10. h. t. intelligitur id ex eo, quod *Ulp.* dicit, convicium vel à concitatione vel à conventu, hoc est, à collatione vocum. *d. l. 15. §. convicium. h. t.* At in casu nostro collatio vocum non fuit, & per consequens neque convicium factum. 1. opponi solet *l 3. §. 1. ff. de calumniat.* Si igitur (*ait JCtus*) accepit, ut negotium faceret; sive fecerit, sive non fecerit, tenetur. *R. Donell. 15. comment.* 32. hoc speciale esse, idque ad calumniam improborum etiam antequam ad eam veniretur, reprimendam. 2. Opp. *l. 20. C. de furt. §. sed etsi. Inst. de oblig. quæ ex delict. nas.* ubi & is tenetur, qui servo alieno persuasit, ut furtum faceret, licet factum non sit, verùm & id sic meritò constitutum est, quia corrumpendi servos alienos consilium pessimum est, qui cum natura dominis iniquiores sunt, unde Proverbium, *Quot servi, tot hostes, & improbi,* unde in illo Poëtæ versu:

Quid faciant domini, audent cum talia fures,

intelligunt interpretes servos. Omninò instigator servorum acrioribus constringendus fuit pœnis.

XIV.

Ad

Ad l. 18. eod.

Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum, ob eam rem condemnari.

d l. 18 in pr. h. t. quod tamen non sine lacerationibus nostri exaudiunt. *Bartolus* eorum signifer, is sic distinguit, turmatim sequuntur nostri, vel Reipublicæ interest talia, quæ per injuriam dicuntur, manifestari, & non tenebitur. *l. 33. ff. h. t.* vel non expedit Reipublicæ, quia voluntas injuriandi nunc adest, tenebitur. *l. 3. de offic Rector. provinc.* (*Gomes. 3. resolut. 6. Gail. 2. observ. 99.*) Ego hanc rem sic considero: nocens vel est ex causa, quæ ipso jure infamiam ingerit; vel quia per sententiam judicis condemnatus est; vel saltem rumore & fama talis est: prioribus duobus casibus statuo illud, *quod Paul. noster ait,* non esse bonum & æquum, ob eam rem condemnari, ne aliàs sc. ex sua improbitate ullam habeat aut consequatur actionem. *l. 12. §. 1. ff. de furt.* quod & expressit utilitas Reipublicæ, ut alii, si infamibus suarum laudum præconia liberè occini possint, à similibus delictis abstineant, quæ ratio forsan fuit, quod olim Poëtæ concessum fuerit, infames liberè exagitare, quod *Horat. 1. sermon. indicat*:

Si quis erat dignus describi, quod malus aut fur,
Quod mœchus foret, aut sicarius aut alioqui
Famosus, multa cum libertate notabant.

Imò hanc ipsam rationem indicat elegantissimo hoc versu *Rutilius 2. itiner.*

Instituit veterem censoria lima pudorem,
Dumq; malos carpit, præcipit esse bonos.

Unde & Parentes & Præceptores tales liberis & discipulis suis digito demonstrabant, & exemplo proponebant. *Horat. ibid.*

Nonne vides, Albi ut malè vivat filius, utq;
Bartus inops; magnum documentum, ne patriam rem
Perdere quis velit. A turpi meretricis amore
Cum deterreret: Sectani dissimilis sis,

Ne

Ne ſequerer mœchas, conceſſa cum Venere uti
Poſſem, deprenſi non bella eſt fama Trebani.

& appoſitè ait *Cajetan.* ad nullam famæ reſtitutionem quem ei teneri poſſe, qui famæ jure jam privatus eſt: Poſteriore caſu, credo omninò objicientem aliquod delictum injuriam teneri; cum enim propter rumores, etiamſi manifeſti ſint, nemo jus honoris ſui & famæ perdat, conſequens eſt lædentem illud teneri: neque patior mihi ex *Bartol.* replicari, Reipublicæ intereſſe, ut delicta propalentur, ne impunita maneant. *l. ait vulneratus ad l. aquil.* hoc enim non nego, ſed hunc propalandi injurioſum modum, minimè concedo, qui juri noſtro improbatus legitur *d. l. 3. ibi: ſi vera voces ſunt, nec ad libidinem per clientelas effuſa. C. de offic. Rector. provint.* quo reſpexit *d. loco Horat.*

Si mala condiderit in quem quis carmina, jus eſt
Judiciumq; eſto: ſi quis mala: ſed bona ſi quis
Judice condiderit laudatur Cæſare: ſi quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipſe:
Solventur riſu tabulæ, tu miſſus abibis.

XV.

Injuriam inferens proteſtatione honoris, ut ſi dicat, Tu Mentiris *ſalvo honore, non excuſatur.*

Proteſtatio enim actui contraria nihil operatur. *l. quis. 21. in verb. Nam admiſſum contrariam voluntatem declarat. ff. de acquir. hered. Gail. 2. obſer. 20. in 3.* At hæc proteſtatio talis eſt; nam verbum injurioſum præcedens, declarat ſe alterius honori non conſulere, ideo pugnantia conjungit: & per conſequens, &c. Adde quod proteſtatio illud jus tantùm conſervet, quod habet; nihil autem de novo confert. *l. ſi debitor. 4. §. ſi in venditione ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* At verba injurioſa inferendo jus illud habet, ut ſcilicet conveniri poſſit. Igitur non proteſtatio hoc ei dabit, ut agentem injuriarum excludere queat. *l. 5. C. de injur. Guido Pap.* de-

decis. 465. fol. (mihi) *707.* nisi subessent conjecturæ, per quas talis protestatio adjuvaretur, quòd scilicet non habuisset animum injuriandi. *Iul. Clarus d. §. injuria. n. 13.*

XVI.

Num actor, animum injuriandi adfuisse, vel reus, abfuisse, probare debeat?

Si id quod objicitur natura sui contumeliosum sit, tum animo injuriandi objectum censetur, nisi reus contrarium probet. *c. 5. C. de injuriis.* Talia enim sunt subjecta, qualia prædicata demonstrant, & è contrario. *l. stipulatio ista. §. hi qui ff. de V. O. Jul. Clar. §. injuria. num. 12. lib. 5. sentent.* nisi conjuncta sit persona, quoniam in ea corrigendi potius, quam injuriandi animus præsumitur. *l. un C. de emend. propinq.* unde *Accurs. per l. vestem. in verbo: testimonium h. t.* dicit, quod ratio sanguinis tollat præsumptionem inferendæ injuriæ, & eleganter probat *l. si qui adulterii. C. de adulter. l. pen. §. fin ff. quod fals. tutel. auct.* & notabiliter *Bartolus* loquitur *in l. ut vim. n. 4. ff. de just. & jur.* quod injuria, quæ fit à parente, usque ad septimum gradum non præsumatur animo injuriandi fieri *Gail. 2. observat. 106. n. 6.* Si verò sui natura, aut de moribus per se non sit injuriosum, rectius actori probationem imponimus. *Arg. l. 32. ff. de V. S.* Vide omninò *Mascard. 2. de probat. conclus. 902, n. 6. & seqq. Wurms. 1. Institut. 44. observ. 10.*

DISPUTATIO VIGESIMA QUINTA

Quam

Publicè in Auditorio JCtorum defendet

EUCHARIUS FABER, RODACHENS. FRANC.

THESIS I.

Ad l. 1. de publ. judic.

QVæritur, quænam publica sint judicia?

Communiter R. quorum accusatio, vel persecutio cuilibet de populo permissa est (*Clar. in pract. criminal. §. 1. in pr. Gomes. 3. resolut. 1. n. 4.*) quod hausisse videntur ex *Justiniano* qui id docet *in pr. Inst. de publ. judic.* quorum sententia simpliciter vera non est, siquidem si propriè ac pressè publicum delictum putare velimus, illud erit, quod publicorum judiciorum legibus comprehensum ab unoquoque ex populo deferri ac accusari potest. *l. 1. de public. judic.* (*Soaretz. ad d. locum Gomez.*) quin si ex eo solo delictum publicum faciant, quod de delicto obnoxium arcessere fas sit, utique consequens foret, & suspecti tutoris crimen publicum esse, cum & ejus accusatio publicè cuivis competat. *l. 1. §. consequens. de susp. tutor.* sic popularium actionum natura & nota hæc est, quod cuivis & promiscuè competant, nec tamen publicæ rectè dicentur. (*Duar. 1. disputat. 37.*) quod & *Govean.* animadvertit 1. *variar lect. 27.* cui verè publica videntur, quia populi sunt, & earum rerum, de quibus publicæ institutæ erant quæstiones, cognitio ad populum pertinebat, quod *Duar.* confirmat *ex l. 2. de orig. jur.* qui & plures causas, cur sic dicta sunt, adfert,

Textus

Textus pro hac ſententia eſt expreſſus *in l. 3. de prævaricat.* quod non negat *Juſtinian.* cum non definitionem, ſed ἐτυμολογίαν tradere voluerit (*adde Cujac. 8. obſervation. 33.*

II.

Ad l. 5. C. ad L. Jul. Majeſt.

An qui offendit Principis conſiliarium, committat crimen læſæ Majeſtatis?

Hæc quæſtio contigit in perſonam excellentis Doctoris *Andreæ de Iſernia*, qui trucidatus fuit Neapoli, tempore Reginæ Joannæ, ejus nominis II. cujus ipſe erat Conſiliarius, *ut loquitur Clar. lib. 5. §. Læſa Majeſtatis. n. 5.* Quæſtionis fundamentum eſt *in l. 5. C. h. t.* ex qua *Clar.* illud indiſtinctè affirmavit, quia pars corporis Principis eſt. Communior tamen videtur opinio diſtinguendum eſſe, utrum odio in Principem, vel privato id fecerit (*Roland à Vall. conſil. 15. n. 13. vol. 4. Salyc. in l. fallaciter. C. de abolition. Caſſan. in Catal. glor. mund. p. 7. 13. conſid. Gravett. c. 6. n. 79. Weſenbec. conſil. 57. n. 6.*) 1. Quia principalis intentio & animus attendi debet. *l. ſi quis nec cauſam. ff. de reb credit.* ex quo apparet, ipſum non voluiſſe Principem, ſed conſiliarium ſaltem offendere, quod in tantum verum eſſe voluit *Bartol. in l. hoſtes. de capt. & poſtlim. reverſ.* ut nec in ſuperiorem committatur illud crimen, modò ipſum ex privata inimicitia offenderit. 2. Quia in dubiis benignior interpretatio facienda eſt. Hîc autem nos in dubiis verſari ex ſuperioribus conſtat.

III.

Ad eand. l. 5.

Quæritur utrum d. l. 5. de filiis etiam ante delictum natis intelligi debeat?

Negat *Johann. Faber. ad d. l. 5. C. h. t. Clar. lib. 5. d. §. læſæ. Majeſtat n. 12.* Affirmat *Gomeſ. reſolut. 2. n. 16.* 1. Quia *d. l. 5. §. filii vero*, loquitur indiſtinctè. E. quoq; indiſtinctè intelligi debet. *arg l. de pretio de publ. in rem. act.* 2. facit ratio, ob quam filii in *d. l. 5.* puniuntur

quia præſumuntur patris imitatores futuri; quæ tam obtinet in filiis natis, quàm naſcituris 3. quia *d. l. 5.* loquitur de filiis damnati. Ergò debet intelligi de filiis ſecundum illud tempus. *l. liberorum §. notantur. ff. de his qui not. infam. l. 2. §. in filiis etiam. C. de libert, & eorum lib. 4. l. ſ. v. final. C. de bon. proſcript.* Negativa ſententia his probatur fundamentis. 1. quia odia reſtringi debent. *c. odia. de R. J. in 6.* d. L. 5 continet odium, & quidem, ut noſtris fandi mos eſt, irrationabile eſt; eſt enim contra rationem, quod filius pro patre puniatur. *tot. tit. C. ne fil. pro patr.* & ideò nec in caſu *d. l. 5.* maſculinum concipit fœmininum *contra l. 1. de V. S.* Ergò reſtringi debet ad filios poſt crimen commiſſum natos. 2. Ubi non eadem ratio eſt, ibi nec eadem juris diſpoſitio eſſe debet, *arg. l. illud. ad l. Aquil.* alia a. ratio eſt in filiis pòſt, alia in anteà natis, quia illi dicuntur nati ex ſanguine infecto & reprobato, & ideò puniuntur tanquam criminis quodammodo participes & paternæ audaciæ ſucceſſores; in paterni criminis exempla timentur, *juxta. d. l. 5. §. filii. 3. l. divo Marco. C. de quæſtionibus. l. emancipatum. ff de Senator. l. 2. verſ. filiis etiam. Codic. de liber. & eor. lib. l. ſi Senator. d. dignit. lib. 12.*

IV.
Ad d. l. 5.
An hæreditas in ſpecie d. l. 5. fiſco, vel legitimis hæredibus acquiratur?

Poſterius affirmat Gomeſ. *3. variar. reſolut. 2. n. 14.* & ante eum Johan. Fab. *in d. l. 5.* quia filii non reputantur indigni propter ſe, ſed propter delictum patris. E. non applicatur fiſco. *arg. l. aufertur. ff de jur. fiſc.* 2. quia ut maximè eſſent indigni, tamen quando hæreditas relinquitur indigno palàm, tum non fiſco, ſed aliis ſucceſſoribus applicatur. *l. non intelligitur. §. ſi quis palam ff. de jur. fiſc.* Prius affirmavit Alberic. *in d. l 5.* quia omnia ea accipit fiſcus, quæ aliàs acciperent filii *d. l. 5. §. uxores. 5. h. t.* 2. quia regula juris eſt, quando hæreditas aufertur alicui ut indigno, tunc applicatur fiſco. *l. Lucius de jur. fiſc. l. Papinianus. §. meminiſſe. de inoff. teſtament.* 3. & ſi filii, quibus aliàs jure naturæ debetur hæreditas, odio peſſimi delicti premuntur; ſanè æquitas poſtulat, ne proximiores

ex eo-

ex eorum dispendio compedium sibi quærant aliq;, quod statuo.

Ad l. Jul. de Adult.

V.

Ad l. Miles. 11. §. mulier. d. tit.

Mulier cum absentem virum audisset vita functum esse, alii se junxit: mox maritus reversus est. Quærit Papinian. quid adversus eam mulierem statuendum sit?

Quem casum notandum esse dicit Bartol. *in d. l. 11. §. mulier.* tàm facti quam juris quæstio movetur, inquit Papinian. vel *ut Boëtius definit*, hypothesin esse factis, personis & aliis circumstantiis implicitam, vel ut loquitur Alphænus *in l. si ex plagis. §. in clivo. ff. ad l. Aquil.* jus esse positum in facto, in causa. Absentia duplex est, alia necessaria seu probabilis, alia malitiosa. (Salicet *in l. 2. nu. 1. C. de sponsalib.*) de priore jus varium est, aliud Digestorum. *l. uxores ff. de divort.* aliud Codicis *l. uxor. C. de repud.* aliud novissimum est Authenticorum. *Authent. Hodiè C. d. titul.* De posteriore jus usitatum tradit Beust *de matrimon. 26.* Schneidw. *p. 4. de nupt.*

VI.

Ad l. 13. §. sed in ea 2. eod.

In meretricem nuptam adulterium committitur.

Quia in ea uxore potest maritus adulterium vindicare quæ vulgaris (ubi subdubitat Alciat. 2. *παρεργ.* 40. quænam vulgaris dicatur fœmina. is eam esse intelligit, quæ ex adventitio vulgò, non ex cive Romano oriunda est: Verùm ea Alciati interpretatio falsa est Sed ea vulgaris dicitur, quæ antè connubium se vulgo & solens vulgaverit, quod confirmant verba sequentia: *Quamvis si vidua esset &c.* quo sensu vulgarem puellam, *Ovid. 4. Fastor.* dixit:

Numina vulgares Veneris celebrate puellæ)

 fuit,

fuit, ut ait. Ulpian. *in l. 13. §. 2. h. t.* quam tamen opinionem communiter reprobant. Dd. Clar. *lib. 5. §. adulterium, num. 3.* Soaretz. *in th. recept. sentent. vers. meretricis raptor. n. 139. per l. si ea 22. C. adl. Jul. de adulter.* verùm si eam intellexeris de ea, quæ viro juncta non est, nihil officiet sententiæ nostræ.

VII

Ad l. 13. §. si minor. 8.

Num sponsus sponsam jure adulterii accusare possit?

Quod affirmat *d l. 13. §. si minor. h. t.* non quidem ex *l. Julia.* sed ex rescripto *Severi.* Ratio est, quia neque matrimonium qualecunque, neque spem matrimonii violare licet. *d. l. 13. §. Divus. 3. h. t.* Quod tamen non sine distinctionibus necessariis accipiendum est. Res ita procedit: Si post sponsalia celebrata adulterium commisit, accusari poterit; nisi auctore patre alii nupserit. *l. miles 11. §. quærebatur. h. t.* quo casu conveniri tantum potest, qui eam priori despondet, actione ex sponsu in id quod interest. At accusari mulier nequit, unde *in l. propter. 7. C. h. t.* nominatim requiritur, ut puella violata ejus Sponsa fuerit, addendum *ex d. l. 13. §. si minor* ut legitimam & nuptiis idoneam compleverit ætatem: quæ enim per ætatem uxor esse nequit, quomodo ea per jus, ut uxor accusabitur? Ut quasi sponsa tamen accusabitur. *d. l. 13. §. si minor. h. t.* modò accusationem instituat nunc maritus *d. l. 7. C. h. t.* Qua in lege non recta est lectio Græcorum: *Propter violatam virginem quæ postea adulta esse cepit &c.* Falsitatem enim ejus arguit *d. l. 13. §. si minor,* quæ ei accusationem quasi Sponsæ largitur, non ergò omninò accusator injustus est; quod consequens lectionis propositæ necessarium foret. Requiri autem ut maritus sit, *præter d. l. 7.* probat etiam evidenter *d. l. miles. 11. §. quærebatur. h. t.* quæ non concedit priori Sponso de adulterio agere: ut sic per contrarium, si ei post commissum adulterium nupta fuisset, concedi intelligamus. (V. Anton. Fab. *3. conject. 6.* Cujac. *6. observat. 16.*)

VIII.

Ad l. 30. C. h. t.

An

An Constantini Constitutione prorsus extranei exclusi censeantur?

Quod negat Wesenb *in π. h. t. n. 11.* qui putat Constantin. extraneos solùm excludere ab ea accusatione, quæ fit jure mariti, quàm propinquioribus duntaxat concedit, non etiam ab ea, quæ jure extranei cuivis competit. *l. 4. §. extraneis. h. t.* Quam sententiam non admittunt *d l. 30. C. h. t.* quod ipsum cum ex mente, tùm verbis *d. l.* probatur. Mens Constant. fuit, ne temerè fœdarentur matrimonia, certis limitibus accusationem constringere, non ergò promiscuè omnibus concedenda fuit. Ex verbis constat id clariùs. Olim in commune omnibus accusatio concessa fuit, hodiè proximis necessariisque personis SOLUMMODO defertur. Deinde illi saltem admittuntur, quos verus dolor impellit. Ergò non extranei unde postea disertis verbis subjicitur, *Extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus*, quod non *cum Johan. Fabro* accipiendum, donec necessariæ illæ personæ supersint: primum n. non rectè dicerentur procul arceri; deinde & ratio subjecta refragatur, *nam & si omnegenus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen protervè id faciunt; & falsis contumeliis deformant.* quæ ratio ut recta sit, & juri conveniat *l. 4. ff. h t.* necessum Imp. exaudiamus de eo casu, quo necessariæ personæ cessant. Quinimò neminem negaturum opinor, novi aliquid juris Constantinum ea constitutione introduxisse, hoc si non illud est, de quo disquirimus, jam sanè aliud nihil esse poterit, nam quod de pœna capitali regeri forsan ex ea possit, explicatum est *disp. 1. Thes. 19.*

IX.

Ad l. 1. de vi publ.

Vis publica undè dicta sit? dubitatur.

R. Duar. 1. *disp. 22.* quia privatis armorum usus sit interdictus *l. unic. C. ut armor. usus.* quod probant Manut. *in comment. de legib. Roman.* & Hottom. *in comment. verb. juris. verb. vis.* quæ Responsio dubio non caret, quia videmus & eadem *L. Julia. de vi publica* teneri, qui incendium causavit, qui stupravit, qui rapuit, & similibus utentem violentiis, in quibus neque arma accedunt, neque armorum usus necessarius est. *l. 3. §. præterea. l. 5. h. tit.*

undè

undè & qui nova vectigalia exercent, L. Julia de vi publicâ tenentur. *l. final. ff. h t.* item Magistratus si aliter, quàm jus est, judicaverit. *l. 10. h. t.* (Robert. *3. sentent. 22.* Menoch. *2. arbitr. jud. quæst 394. num. 2. & seqq.* Thesſau. *decision. 35. n. 3.*) quocirco *Robert.* aliter hanc rem consideravit, reprehensus à Menoch. *d. loc. num. 7.* qui inclinat in Jacob. Cujac. *5. ad Paul. sentent. 26.* sententiam, quæ tamen magis dubiam facit quæstionem, ut ait Thessaur. *d. loco. num. 1.* qui existimat vim publicam dici, quotiescunque jus & bonum publicum publicè à publicis hominibus principaliter offenduntur, quod cum armis solet utplurimum fieri. *l. 1. §. penult. h. t.* quod ipse latius persequi ur. Credo cum Brisson. *de V. S. lib. 19. vers. vim. publicam,* initio, genere & qualitate delicti, vim publicam à privata separatam, postea placuit, id quod *Duaren.* proposuit, quem sequitur Wesenbec. *h tit. n. 1.*

X.

Ad Tit de Sicar.

An is qui Titium interficere voluit, Sempronium errore interfecerit, pœna L. Corneliæ coercendus sit?

Disputant graviter hac de re nostri, ut apparet ex Salic. & Angel *in l. quoniam multa C. ad l. Jul. de vi publ.* Cæpoll *consil. crimin. 13* Carrer. *in tr. solen. de homicid. vers. tertio. quæro.* Tiraquel. *de pæn legu. temper cap. 14. n. 4.* Clar. *in §. homicidium. n. 6. vers. dicunt. etiam.* Vasq. *illust. contr. c. 96. n. 32.* Placa *in Epitom. delictor. c. 27. nu. 1.* Vaud. *1. quæst. 46.* Menoch. *de arbitrar. iudic. quæstionib. c. 324.* Thessaur. *decis. 243.* Thomas Grammat. *consil. 5.* Thoming. *decision. 38.* Wesenb. *ad Schneid. in pr. de injur.* Damhod. *in pract. criminal. c. 85. n. 7.* Blanc. *in pract. criminal. §. casu.* Fach. *1. controv. 37.* Boer. *decis. 84.* Gomez. *c. 3. delict. n. 34.* Daniel. Moller. *ad constit. Electoral. pag. 4. c. 6.* quos copiosius contra morem meum allego, ut in re magni momenti tutè per te, quid melius sit, inquirere possis. Affirmantium, quos sequor, argumenta hæc sunt. *1. l. scientiam. §. qui cum aliter. vers. sed si defendendi ff. ad l. Aquil. l. eum. qui nocentem. §. si injuria. ff. de injur. l. quoniam. multa. C. ad l. Jul. de vi publ.*

publ.l.10. C.de furt. l.5. §.1. de serv. corrupt. 2. Quoniam habuit animum occidendi, licet non eum, quem interfecerit. Sufficit enim dolus in genere *d. l. eum qui nocentem. §. si injuria.* Unde *Cicer. eleganter ad Trebat.* Telum jacere voluntatis est, Ferire quem volueris, fortunæ. 3. Quandocunque datur opera rei illicitæ exitus & veritas, non intentio delinquentis inspicitur. Bartol. *in l. divus. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* Cyn. & Salyc. *in d. l. quoniam multa.* Carrer. *d. loco n. 1.* quod probant. *l. qui occidit. §. penult. ff. ad l. Aquil. junctin d. l. quoniam multa l. ex incendio ff. de incend. ruin. naufrag. c. final. de homicid. in 6.* At in nostro casu operam dari rei illicitæ, plusquam manifestum est. Ergò. 4. Homicidium omni jure prohibitum est *l. 1. C. de Episc. aud.* Ergò & hoc. Qua ratione utitur illustrissimus Elector August. *in sua constitut. 6. part. 4.* & subjicit benè Vasq. *d. loco. fol. (mihi) 848.* homicidium (*inquit*) fecit re & animo: quod re fecerit, pro constanti ponimus: quod animo fecerit, probatur, quia habuit animum occidendi, &c. 5. Quia is, qui cum telo ambulaverit, hominis occidendi gratia, licet non occiderit, pœna L. Corneliæ tenetur *l. is qui cum telo. C. ad l. Cornel. de Sicar.* Ergò multò magis is tenebitur, qui non solum telo occidendi Titium ambulaverit, verùm & insuper Sempronium interfecerit. 6. Si quis rem alterius furatus, licet nesciat cujus sit, tamen tenetur de furto. *l. cum quærebatur. circ. fin. C. und. vi.* quia in dolo fuit furtum committendo & furando, licet nesciat cujus sit. Ita & homicidium committendo dolosè, licet non in personam cogitatam, sicut etiam de eo, qui furto subtrahit rem sacram de sacro: nam licet in mente cogitaverit committere simplex furtum, & non sacrilegium, tamen tenetur ut fur, & sacrilegus *l. 1. C. de inter mat.* 7. Urgens est argumentum ratione subsecuti effectus *in l. si aliquis. § qui abortionis ff. de pœn.* NEGANTIUM Argumenta sunt. 1. quia in dubiis benignior interpretatio accipienda est. *l. sanctio legum. cum seq. de pœnis.* R. casum propositum ex ll. dubium non esse, etsi Dd. frequentes secessiones ipsum dubium faciant. Doctores autem quatenus textibus juris destituuntur, curandi non sunt. Thoming. *d. loco n 24.* 2 quod errore gestum est, gerenti nocere non debet *arg. l. si per errorem. ff. de jurisdict.* 3. quia ut homicidium puniatur ordinaria pœna, requiritur dolus, at noster hic non fuit in dolo occidendi Sempronium, sed Titium. Ergò R. ad

 utrum-

utrumque argumentum desumi debet ex nostra 2. ratione. 4. oppon. *l. si cum servo. ff. de injur.* R. *dict. loco Fachin.*

XI.

Ad l. 8. eod.

Si mulier partum abigat, vel gravidam quis læsit, ut abortum faciat, quæritur, an pœna L. Corneliæ sit puniendus?

Duplex proponitur casus. 1. est, si ipsa mulier suis visceribus vim intulit, ut loquitur *d. l. 8. h. t.* quo eam in exilium exiget Præses provinciæ. *l. Divus. ff. de injur. & extraord. crimin. l. Cicero. §. sed si qua ff. de pœn.* quanquam hoc in casu distinguant Dd. fueritnè partus animatus, vel inanimatus, de qua distinctione *in sequenti Q.* Non obstat *d. l. Cicero in prin.* quia non simpliciter odio mariti vel alia verisimiliter justa causa partum abegit, sed propter pecuniam à secundis hæredibus acceptam, quo in casu cum delictum gravius & atrocius reddatur, Menoch. *cas. 357. n. 13.* meritò graviore pœna digna fuit. Alter casus est de eo, quo gravidam mulierem verbis vel re offendit, ut abortum faceret, & hunc sub distinctione animati & inanimati partus variè puniunt nostri. Priore enim casu pœnam capitis ei dictant. Accurs. Bartol. & alii *ad d. l. Divus de variis & extr. cognit.* Gomes. *3. resolut. 3. n. 23.* Cujac. *19. observat. 9.* Fachin. *9. controvers. 100.* Posteriore extra ordinem. Distinctionis fundamentum ponunt in *c. Moyses. 32. q. 2. & c. Sicut ex literarum. extr. de homicid.* Deinde quia, qui in utero est, habetur pro jam nato *l. qui in utero ff. de stat. hominum,* & qui abigit partum, homicida dicitur. *c. consuluisti 2. q. 5.* satisque capitali pœna dignus censetur, qui spem animantis perimit. *l. 2. ff. de mort. inferend.* quam distinctionem impugnant Menoch. *d. loco n. 7. & seqq.* Thessaur. *decis. 12.* Soarez. *in Thessaur. recept. sentent. lit. A. in pr.* quia sacrosancta lex Mosis *Exod. 21.* nihil aliud sancit, quam ut qui gravida muliere percussa abortum intulerint, mulcta arbitraria puniantur, ni pernicies ipsius mulieris insequuta sit. Deinde nulla distinctione facta exilium dictant. *d. l. 8. h. t. d. l. Divus. d. l. Cicero.* Ratio est, quia etsi animatus est, non tamen homo est,

l. 9.

l. 9. ff. ad l. Falcid. sed fieri speratur *l. cum inter. C. de fideicommiss.* Lex verò Cornelia hominem occisum esse vult. *l. 1. in pr. & t. t. de Sicar.* atq; hæc sententia forsan verior est. De contrariis vide Menoch. & Thessaur. *d. loco.*

XII.

Ad l. 15. eod.

Mandans ut percutiat, expreßè prohibens ne interficiat, quæritur, si mandatarius interficiat, an mandans homicidii pœna teneatur?

Quod nego 1. quia fines mandati diligenter custodiendi sunt; qui enim excessit, aliud quid fecisse videtur. *l. 5. ff. mandat.* Et per consequens, cum aliud mandatum, aliud factum sit, is, qui excessit, punietur. 2. In maleficiis voluntas, non exitus spectatur, ut rescripsit D. Hadrian. *l. 14. h. t. l. 53. de furt. l. 26. C. ad SC. Vell.* At voluntas mandantis in casu nostro talis fuit, ut saltem percuteretur, non autem occideretur, ut ex mandati formula constat, & nos pro certo ponimus. 3. Addit hoc argumentum Cœpoll. *consil. criminal. 35. fol. (mihi) 97.* Jus commune punit homicidium pœna mortis, quod est ex dolo & animo occidendi, licet mors secuta sit, pœna tamen mortis non erit. *l. 1. C. h. t. l. 1. §. Divus h. tit.* ut maxima sit in lata culpa, quia mandando cogitare debuerat, mortem evenire posse, verùm ejus ratio non ad pœnam homicidii ordinariam excrescere poterit. *l. in lege ff. hoc tit.* adde Covar. *in clement. Si furiosus. de homicid. in 2. p. §. 1. num. 3.* Fachin. *1. controvers. 36.* à qua sententia vehementer dissentit Menoch. *arbitr. jud. q. cas. 352. n. 2.* Ex quo enim mandatum fuit id, (*inquit*) quod non est in potestate mandatarii, nec enim ad mensuram inferri possunt vulnera, sequitur ipsum mandantem teneri, ac si homicidium mandasset: Quæ ratio nihil aliud, quàm culpam ipsius mandantis implicat, quam non considerari in l. Cornelia constat. *l. in lege. ff. h. t.* 2. opponitur *l. 5. C. de accusat.* quæ directo in terminis nostris contrarium innuere videtur. Namque hoc casu (*inquit*) præter principalem reum, mandatorem quoque

ex sua persona conveniri posse ignotum non est. Verùm dupliciter responderi potest. 1. textum loqui de eo, qui homicidium mandavit, de quo nos non loquimur. 2. nos non negare, quin ex sua persona quoque conveniri possit mandans, verùm an similitudine supplicii cum mandatario plecti debeat, hoc non decidirur, & nos negamus, sed mitiore pro arbitrio judicis puniетur. 3. oppon. *l. si quis aliquid. §. qui abortionis. ff. de pœn.* ubi etiamsi dolo non faciant, qui abortionis aut amatorium poculum dant; nihilominus puniuntur. Et certè puniri ratio suadet. Res mali exempli est (*inquit JCtus*) & in casu nostro nec negari potest, quin res sit exempli pessimi, unde & ipsi arbitrio judicis pœnam imponi volumus, sed nostrum facilius opinatio, quam justum excusare potest, hoc ex communiter accidentibus dignoscimus. Ex colapho non quis statim occumbet, at ex propinatione abortionis aut amatorii poculi res semper, ne in pejus vergat, subvereri necesse est, de hoc notus est ille versiculus:

Philtra nocent animis, vimq; furoris habent.

Et in summa, in casu utroque animum rimamur, qui in nostro talis est, ut percutiatur adversarius, non interficiatur, in altero ut partus abigatur, contra divinas & humanas leges, *de quo in praeced. q.* aut amor modo & ratione non sat licita contra leges concilietur. Et hinc diversitatis ratio.

XIII.

Ad l. 33. de Fals.

Hodiè qui edicta proposita dolo malo corrumpunt, falsi pœna plectuntur.

Verba sunt Modestini. *in l. 33. ad l. Cornel. de fals.* Videtur Paul. innuere, id extraordinariam coërcitionem habere. *1 sentent. 13.* quanquam *Annian.* locum Pauli ad album curiæ referat, verosimilius est de Albo Prætoris propositum fuisse, quo spectat *l. 7. in prin. ff. de jurisdict.* quæ tamen in hoc cum nostra lege dissidet, quod judicium quingentorum (vel ut alii volunt quinquaginta, quanquam mihi prior lectio propter contemptum Prætoris placet.

cet. *arg.l.9.ff. de jurid.*) aureorum contra corrumpentem dictet. Cujac.*ad d.locum Paul.*videtur hanc rem ita explicare, quasi & jure ordinario in eum prætoria actione agere liceat. *d l. 7.* & extra ordinem coërceatur vel pœna falsi, quod probat idem Paul. *5. sent.25.* Rectius tamen dicemus, quod & Jacob. Lectius *in tr. de pœnis ad d.l.33.h.t.* voluit, olim obtinuisse pœnam 500. aureorum: Sed postea, quia severiore pœna publica Prætoris majestas vindicanda fuit, falsi pœnam frequentari inceptam, quod & notat JCtus *in d.l.33.hoc t.in verbo. Hodie.*

XIV.

Ad l.4.§.final.ad l.Jul.peculat.

Pecuniam civitati surripiens, an crimine peculatus teneatur?

Dubitationis causa hæc est: quia crimen peculatus intenditur tantùm in furem pecuniæ publicæ populi Romani. *l. 1. h. t.* Civitates autem loco privatorum habentur. *l. eum qui vectigal. 15. ff. de V. S.* unde & nominatim respondit Papinian. *in l. ob pecuniam.81.de furt.* ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus teneri. Cui è diametro adversatur *l. 4. §. fin. h. t.* Sed & si de re civitatis (*inquit*) aliquid surripiatur, constitutionibus Principum Divorum Trajani & Hadriani cavetur, peculatus crimen committi, & hoc jure utimur. Alciat. *1.dispunct. 5.* ut hæc conciliaret, *d.l.ob pecuniam 81.* negationem addit, & legit NEC NON CRIMINE PECULATUS tenetur, quam lectionem improbat Duar. *2. disp. 26.* & dicit Robert. *2.Receptar. lection.2.* Alciati emendationem illud inducere, quod omninò falsum est. Nam peculatus crimen, ut & sacrilegii, à furti crimine sic distinctum est, ut qui peculatum admisit, quia amplius quam fur sit, furti conveniri nullo modo possit: ut nec è contrario, qui furtum tantum fecit, quia minus quam peculatum commiserit, peculatus accusari potest. *l. Divi h. t.* quòcirca *Robertus* aliter hanc rem considerat. Sed planè idem vitium incurrit, quod *in Alciat.* reprehendit. Pro eo enim, quod constanti omnium exemplarium lectione receptum est. OB PECUNIAM &c. ipse reponit QUI OB PECUNIAM, &c. ut sit sen-

ſus eum, qui ob pecuniam civitati ſubtractam furti tenetur, non crimine peculatus teneri. Anton. Auguſtin. *1 emendation. 3.* diverſa hæc eſſe, non contraria dicit, reprehenſus hoc nomine à Cujac. *ad Papinian. in d. l. 81. de furt.* planè (*inquit Cujac.*) ſunt contraria, cum una neget, altera affirmet. Quapropter ipſe ſecutus Duar. *d. loco* dicit: Rectè inſtitui accuſationem peculatus in eum, qui pecuniam ſurripuit civitatis cujuscunque vel municipii, ut vult *d. l. 4. §. final.* ſed addit, hoc eſſe ex conſtitutionibus Trajani & Hadriani, qui ſcilicet legem Juliam peculatus, quæ erat tantùm de pecunia Pop. Romani, porrexerunt etiam ad civitatis cujuscunque pecuniam, ſicut edictum *Ex quibus cauſis majores*, certum & exploratum eſt, conſtitutiones porrexiſſe ad quascunque civitates, quod erat tantùm de civitate Romana. *l. legatum. ex quib. cauſis major.* Igitur neceſſariò hac diſtinctione utimur, ut dicamus, ut & in aliis cauſis, ſeparandum eſſe jus à conſtitutionibus, Papinian. *in d. l. 81.* reſpicit jus, hoc eſt, ad ipſam legem peculatus. *d. l. 4. §. fin.* reſpicit conſtitutiones. Quæ reſponſio mihi non placet. Concedendum quidem eſt, Trajani & Adriani conſtitutionibus l. Juliam peculatus longius productam eſſe. *d. l. 4. §. fin.* verùm an ad caſum noſtrum producta ſit, ubi de pecuniæ ſubtractione quærimus, illud nondum liquet, innuit *d. l. 4. §. final. h. t.* in re civitatis idem juris obtinuiſſe, quod in pecunia; At prius mutarunt Trajanus & Hadrianus; poſterius non. Ratio prioris eſt, quia cùm res ſit in uſu publico, commercio quoque hominum exemptam eſſe oportuit, ac divini quodammodo juris cenſeri, pecuniam non itidem, ſed humani potius ac propemodum privati juris, ut æquale in ſubripienda ſubtrahendavè ſingulorum atque civitatum pecunia delictum admitti videretur. (Faber *1. ſemeſtr. 21.*) Atqui, *inquies*, Rei verbum generale eſt, omnia complectens. *l. Rei, de V. S.* conſtitutiones autem Trajani & Adriani pertinent ad res civitatum. Ergò & ad pecuniam. Verum in promptu ratio eſt, argumentum id procedere, ſi non ex *d. l. 81.* appareret, quid rei appellatione in conſtitutionibus Trajani & Adriani veniret.

XV.

Ad l. final. eod.

Publica judicia peculatus, & de reſiduis, &

repe-

repetundarum similiter adversus hæredem exercentur.

Quod mirum videri posset, similiter ut contra defunctum, si & hæredem hæc judicia institui posse, pœnæ persecutio in defunctum competit similiter & in hæredem, quod est contra §. *non autem Inst. de perpet. & tempor. actionib. l. Toties 44. cum simil. de R. J.* cum noti juris sit, pœnam suos authores sequi debere. *l. sancimus. C. de pœn.* Sed quæstio principalis pecuniæ ablatæ moveatur. Si principalis quæstio transit in hæredem. Ergò & pœna, quæ est sequela istius. *c. accessorium. d. R. I. in 6.* nec liberabitur hæres, si simpliciter inferat, sive restituat, simplo subducto super exigitur pœna ab hærede defuncti, *l. ex judiciorum. 20. ff. de accusat. l. 2. ad l. Jul. repetund.* & hoc speciale notat Glossa *ad d. l. final. h. t.* Tantæ autem severitatis ratio gravitati horum criminum & boni publici momento tribuenda, unde & specialia alia multa in his criminibus.

XVI.

Ad l. 4. Ad SCtum Turpill.

Mulier, quæ falsi crimen injuriæ propriæ post interpositam denunciationem desistens omisit, SCto Turpiliano teneri non videtur.

Contendunt Jacob. Curt. *2. εἰκαστῶν. 7.* Ant. Fab. *2. conject. 20. d. l. 4. h. t* negationem addi debere, ut scilic. effugiant pugnantiam *l. 5. C. h. t.* Faber ad hoc inducit *l. 1. §. accusationem vers. utrum Papinianus. h. t.* Respondet Cujac. *20. obs. 8.* Papinianum utrunque posse admittere, mulierem quæ non injuriæ propriæ, vel injuriæ propriæ crimen post interpositam delationem desistens omisit, non teneri SCto Turpiliano; nam & utrumque verum est: quia mulier, quæ suam vel suorum injuriam persequitur, ex Senatusconsulto non tenetur subscribere in crimen, & calumniæ cum ea, si non obtineat agi non potest. *l. 2. C. de calumniat. l. 12. C. qui accus. non poss.* & consequenter non tenetur

SCto

SCto Turpilia. excepto uno casu, si turpiter depecta sit. *d. l. 5. C. h. t.* quod ultimum *ex Johan* hausit, reprehensus hoc nomine *à Fabro* propter *l. 6. ff. h. tit.* Non malè distinguit Robertus *1. lect. 25.* inter denunciationem & accusationem, ut de illa loquatur *d. l. 4.* de hac verò agat *dict. l. 5.*

XVII.

Ad l. 9. §. final. de pœnis.

Statu liberum quasi jam liberum puniendum D. Pius Salino Juliano rescripsit.

Digna hæc quæstio est animadversione nostra, & hujus loci propria. Rationem ejus indicat Modestin. *in l. 14. ff de quæstionib.* non ut servus (*inquit*) ob ambiguum conditionis, sed ut liber puniendus erit. Ratio sic ponenda est; at statu liber in conditionis ambiguo est. Ergò. Quod verbis conceptis impugnat *Pompon.* & ideò in publicis quoque judiciis (*ait*) easdem pœnas patiuntur, quas cæteri servi. *l. statu liberi. 29. in pr. ff. de statu liber.* Duar. *ad tit. si ex noxal. caus. agat.* putat, verba *d. l. 29* esse Q. Mutii, ut ex inscriptione constat. Solent autem JCti ponere verba eorum, ad quos scribunt, & illi veteres volebant, statu liberum puniri ut servum, qui servus revera est. *l. statu liberum. ff. de statu lib.* Verba verò *d. l. 9. §. final. h. t. & l. 14. de quæstionib.* rescriptum D. Pii innuunt, quo in favorem libertatis constitutum est, ut instar liberorum puniantur, quod & nos sequi debemus, approbat Rævard. *2. variar. 11.* Quam sententiam duo impugnant. 1. quod *Ulp.* ait, neque ut servum coerceri, aut ut liberum damnari posse *l. 1. §. 1. si is qui testam. liber.* &c. 2. quod Justinian. omnia sua fecerit, & tam Pomponii, quàm Ulpiani aut Modestini responsum approbaverit. Cujac. *1. observat 37.* corrigit *d l. 29.* & dicit, se habere veterem librum manuscriptum, in quo ita legitur: ET IDEO NON *in publicis judiciis easdem pœnas patiuntur, quas cæteri servi.* Verum nec ea sententia placet. 1. quia textum corrigere non est eum interpretari. 2. quia verba *d. l. 29.* correctionem eam non admittunt: dixit enim *Pompon.* ejusdem conditionis esse statu liberos cum reliquis servis, & ideo, *inquit*, in publi-

publicis quoque judiciis &c. Si verò *cum Cujac.* legerimus: *Et ideo non quoque. &c.* planè ei contrarium foret, quod antea JCtus proposuisset, qui voluit ejusdē conditionis eos esse, & nescio quomodo particula IDEO cōsequentiam eorundem casuum innuere soleat. Robert. *1. Animad. 6.* distinctionis aliam ingressus est viam existimans statuliberum sic demum ut servum puniri, si in publico delicto repertus fuerit; ut liberum, si in privato. Quæ distinctio displicet. 1. quia constitutio D. Pii generaliter est concepta in *d. l. 9. §. final. h. t.* 2. quia ratio illa, ob ambiguum conditionis, tàm in publicis, quàm privatis delictis militat. 3. quia *d. l. 29.* eam infringit, in verbis: *vel ex delicto venientes:* puta privato, ne aliàs in posterioribus verbis sit inutilis & superflua geminatio. Quare rectius *cum communi Dd. Schola* statuimus, videndum esse, quônam deliquerit tempore, utrum cùm adhuc servus esset, vel jam statuliber constitutus; ut priore casu cum cæteris servis ejusdem sit conditionis, & ideò quoque easdem pœnas sustineat, quas servus juxta *d. l. 29.* Posteriore verò casu ob ambiguum conditionis, ut liber puniatur *d. l. 9. §. final. h. t. l. 14. de quæstionib.* quam conciliationem confirmat regula generalis *ab Ulpiano* tradita. Quotiens de delicto quæritur, placuit, non eam pœnam subire quem debere, quam conditio ejus admittit, eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam causam sustinere, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus, cùm deliquisset *l. 1. ff. de pœnis.*

XVIII.

Ad l. 7. §. final. ff. de bon. damnat.

An ea bona, quæ deportatus post damnationem acquisivit, fisco cedant.

Negari videtur in *l. 22. §. 5. ff mandat. & l. 15. de interd. & releg.* Affirmari verò *in l. 2. C. h. t. & d. l. 7. §. ult.* Sed abhibita distinctione apprimè conciliant Br. *in rubr. h. t. n. 9.* Wel. *π. h. t. in fin.* Pacius *4. ant. n. 87.* Illas nempè ll. hoc velle: Bona post damnationem acquisita non sequi fiscum, quandiu vivit deportatus, & eorum nomine utilem competere actionem deportato *d. § 5.* (utilem actionē non interpretamur hîc efficacem, *ut Acc.* sed opponimus directæ cum Pac. *4. ant. n. 78.*) Has verò mortuo deportato ea devolvi ad fiscum, ita ut heredem habere deportatus non possit. Quanquam alii aliter dicant.

XIX.

Ad l.7.C.eod.

An in confiscandis damnatorum bonis veniant etiam jura & actiones iis competentes.

Cum pœnalia & odiosa restringi debeant, sunt qui dicant, neque sub appellatione bonorum mobilium, neque sub universali omnium bonorum, neque sub indefinita bonorum in confiscandis rebus damnatorum comprehendi jura & actiones (Pin. *p.1.rub.C.de bon.mat.n.26. & 27.* ubi plures & communiter Dd. in suam sententiam allegat. Clar. *§.fin.q.78.vers.successive.*) At rectius dixerimus comprehendi illa. 1. ob text. *in l.si ademptis.5.C.de sentent.pass.* 2. arg. *l.21.l.49.de V.S.l.52.de acquir.rer.dom.l.63.§.1.ad l.Falc.& similium.*

XX.

Ad l.6.de interd.& releg.

An Præses provinciæ deportandi jus habeat?

Dynus *in c.cui licet.n.2.de S.J.in 6.* Bart. *in l.7.h.t.* illorumque synthiasota Hotom. *2.obs.12.* affirmant; Ita tamen, si insulas suæ jurisdictioni subjectas habeat: 1. Quia majus ei concessum, nempè jus gladii. *l.illicitas §.universas.de offic.præsid.* Quidni igitur minus. *d.c.cui licet de R.J.in 6.* 2. arg. *d.l.7.pr.h.t.* Malè. Non enim ita torqueri se patiuntur textus contrarium indistinctè asserentes *d.l.6.§.1.h.t.l 2.§.1.de pœn. l.1.pr.quand.appell.l.1.§.2.de legat.3.l.6.§.7.de injust.rupt.* Nec difficile est diversitatis rationem demonstrare, ad illatum argumentum à majori ad minus.

DISP. XXVI.

DISPUTATIO
ULTIMA

Quam

Publicè in Auditorio JCtoorum defendet

JOHANNES ERHOELL

Francus

THESIS. I.

Ad rubr. de Appellationibus.

AN statuto appellatio ad superiorem tolli possit?

Habet hanc quæstionem *Bartol. in l. omnes populi. n. 27. ff. de just. & jur.* quem sequitur *Bald in l. ut vim. 7 cod.* 1. Quia solus Princeps ita potest judicem dare, ut non liceat ab eo provocare. *l. 1. §. interdum. 4. ff. à quib. appell. non licet.* Ergò statutis civitatum id recipi non potest. 2. Quia defensio juris naturæ est. *l. 3. ff. de just. & jur.* Appellatio autem est species defensionis. *l. 1. in prin. ibi: quia iniquitatem judicantium, vel imperitiam ff. de appellat* unde auxilium appellationis, auxilium provocationis sæpissimè in legibus appellatur. *l. servi. h. t. l. hi qui: C. eod. l. 1. §. si quis ante ff. à quib. appell. non licet. l. si actor. C. h. t. l. 1. in fin. ad SCtum Turpill.* Ergò &c. 3. Quia statutum competitur super eo factum; quod non est jurisdictionis civitatis, sed superioris. *c. venientes 19. extr. de jurejur.* Ergò *l. final. de jurisd.* atque hanc negativam sententiam sequuntur *Roland. à Vall. 1. volum. 29. Gail. 1. observat. 135. nu. 12. Wurmbs. 1. Tit. 24 observ. obs. 29.* atque eandem in Camera recipi, non obstante statuto vel consuetudine, testatur *Mynsing. 1. observ. 14.* AFFIRMATIVAM èccontra non pauci defendunt. *Decius consil. 533. nu. 2. incipiente: juridicè puto. Cuman.*

consil.60.n.1. Alberic.in 4.part.stat.q.53. num.3. Clar.§.final.q. 94.n. 3. 1. quia potentius est statutum populi, quàm pactum privatorum. *l.generaliter. C.de fide: ussorib.* Sed pacto privatorum tolli potest appellatio. *l. 1.ff à quib. non lic. appellar.* Ergò multò magis statuto & lege populi *arg. Auth. multò magis. C.de SS. Ecclesiis.* Verum id argumentum non admittit *d. loc. Mynsing.* reddendo diversitatis rationem quod statutum directò disponat adversus jus superioris pactum verò non tangit directò jus superioris, sed paciscentes abdicant à se, quod est in eorum facultate, juxta *Panormitan. in c. dilectus. de arbitr.* quod *Everhard. in Topic. in loco à pacto ad legem* tradit menti tenendum. Alterum argumentum tale est, quia omnes populi sibi jus proprium civitatis constituere possunt. *l. omnes populi.9.de just. & jur.3.* Quia detrahi quid potest juri communi.*l. jus civile.6.de just.& jur. 4.* Quia Romæ hoc constituerunt in persona Decemvirorum. *l.2.§. postea.4.ff.de Orig. jur.* verum utramque sententiam facilè in concordiam reduces ex distinctione *Bartol.dict.loc.*

II.

Ad l.1.§.si quis in appellatione.3. de appellat.

Si quis in appellatione erraverit, ut puta cum alium appellare deberet, alium appellaverit: videndum est, An error ei nihil obfuerit.

Dinstinguit *Ulpian.in d.l.1.§. si quis 3. h. tit.* Etsiquidem cum majorem judicem appellare deberet, ita erraverit, ut minorem iudicem provocaverit, error ei nocebit. Si verò majorem iudicem provocaverit, error ei nihil oberit. movet *Gloss.* quis hîc minor sit iudex intelligendus? an eo, qui judicavit; vel potius eo, qui judicaturus est? Glossa malè ponderat pro prima opinione, *l. 1. §. 3.vers.denique. h. t.* quia eam impugnat, & forsan ejus ratio, *ex l.final.qui & à quo &c.* petenda est, & posteriorem sententiam probo *arg.l. minor autem.18. de minor.* Atqui nunc contra Thesin opponitur,

nitur, quod in damno vitando etiam juris error obesse non debeat. *l. err. de jur. & fact. ign.* sed regula ea non est perpetua, ut est argumentum *in l. 2. ff. de confess. Bartol.* dicit, in casu nostro speciale esse, quia ad juris rigorem conservandam hoc inducitur, ad quod facit *l. qui exceptionem. l. Julianus. ff. de condict. indebit.* sed obstat tamen adhuc elegans ratio. *l. sed hoc ita. 2. ff. de aqua. plu. arcend.* Sed hæc ita *(ait)* si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est, rectè, error impedit voluntatem & consensum *l error. de jur. & fact ignor. l. non idcirco C. de jur. & fact. ignor. l. si per errorem de jurisdict. l. si procurator. de adquir. rer. domin. l. 2. in pr. ff. de judic. l. etsi consensum. §. final. de contrah. emption l. dedi. §. subtilius ff. de condiction. caus. dat.* at in casu nostro non propriè nec verè errat, imò ostenditur ejus voluntas, quod à judice, à quo appellat, vult recedere, ut maxime non certus sit in eo, quem appellat: Sed quæ est ratio, quod error in appellando minorem nocent, nō autem majorem. Glossa reddit brevibus, quia dum hunc appellat non alium, sed magis plus *arg. l. si is cui. ff. quemadmodum servit. amitt.* addit *Bartol.* quia quod pluris est, utique tantùm est. *l. cum furti. ff. de in lit. jurand.* Quæritur quà in re error ei noceat? Id desumo *ex d. l. 1. §. 5. vers. denique* priore casu perinde haberi, ac si appellatum non esset. *arg. l. si per errorem. ff. de jurisd.* posteriore procedi debet, nisi & illo casu intra tempora appellationi præstituta adhuc processerit. *arg. l libellorum. § quod si libelli. de Accusat. l. cum ex donatione. de excus. tutor.*

III.

Ad l. non tantùm 6. eod.

Quæro an cuilibet liceat provocare pro eo, qui ad supplicium ducitur?

Quod humanitatis ratione admittit *Ulp. in d. l. 6. h. t.* cum enim inter nos cognationem quandam natura constituerit. *l. 3. de just. & jur.* & alter alteri benefacere jubeatur. *l. servus ff. de serv. exportand.* satiusque sit impunitum sinere facinus nocentis, quam innocentem condemnare. *l. absentem. ff. de pœn.* consequens fuit appellationem, innocentiæ ejus certissimum inditium admitti. *arg. l. 1. in pr. h. t.* quod usque adeò verùm admittit *Guid. Papa. decis.*

579. nu. 3. ut si judex ulterius progredi velit, nec provocationem admittere, quod ei de facto resisti & executio impediri possit, quia per appellationem ablata est jurisdictio judici à quo, *secundum Innocent. in c. si quando. extr. de offic. de legat.* Verum videtur refragari, quod causæ capitales non possunt agi per alium *l. penult. §. ad crimen ff. de publ. judic.* (*dixi disput. 3. q. 14.*) dici potest, quod hoc in casu propter præsens periculum aliud receptum sit. *arg. l. 1. ff. de appellat. recipiend.* quo faciunt ea quæ tradit *Vivius com. opin. 2. opin. 20.* Opp. 2. quod confessus appellare non possit *l. 2. C. quor. appel. non recip.* Ergò multò minus alius pro eo admitti debet, quod enim quis suo nomine facere prohibetur, id nec per alium agere poterit *l. 1. C. quib ad conduct. prædior. fisc. l. 2. §. 1. de administr. rer. ad civit. pertinen.* vide *Bartol ad l. 6. h. tit.* ubi & alia, quæ huic sententiæ adversari videntur, habet & pluribus exemplis illustrat additionator Bartoli.

IV.

Ad l. 13. h. tit.

Quod si aliquis appellat viva voce, cum reservatione appellandi in scriptis, & deinde appellet in scriptis, quæritur quæ appellatio dicatur valida, utrum prima, vel secunda?

Bartol. *in l. Procurator. §. si dominus. ff. de oper. nov. nunt.* Marant. *p. 6. act. 2. n. 144. & communiter Dd. volunt.* quod prima appellatio voce facta tenere debeat. I. Quia ubicunque dilatio legalis datur aliquibus ob aliquam causam, si illa ipsa finitur antè finitivam dilationem finitur etiam dilatio *l. à filiâ. § alumino. ad Trebell. l. si quis heres ff. de acquir. heredit. l. 1. §. si ita de success. edict. l. si maritus. §. si negaverit. ff. de adult.* Sed appellanti datur dilatio decem dierum à lege ad appellandum. *Auth. hodiè C. de appellat.* Ergò si appellavit viva voce, & appellatio valuit in continenti, est finita causa dilationis, scilicet ad illud idem, Ergò debet esse finita dilatio, scilicet ut non possit iterū eandem appellationem facere. (*Marant.*

rant.d.loco.n.145.) quam sententiam nonnulli dominorum, Rotæ sequuti fuere *in Antiquis decis. 23. fol.(mihi) 100.* quia non debuit judex arctari per muliplicationem appellationum ad pluries respondendum. Deinde, quia ex quo primæ appellationi detulit, functus fuit judex penitùs officio suo, & in totum desiit esse judex. Et sic etiamsi vellet secundæ appellationi respondere, non posset præfigere terminum appellanti. CONTRARIAM sententiam habuerunt *Salicet.in l.28.C.h.t. Mynsing. 1.obs.7. Domini Rotæ dict. decis. 1. arg. l. qui bis eum ibid. notat. de V. O.* ubi bis idem stipulando licet promissor in effectu amplius quam semel non teneatur, quia semel promissum persolvendo liberatur. Ex utraque tamen oritur obligatio, & potest esse effectus, si forsan prima stipulatio sit sublata præscriptione vel pacto, agi poterit ex secunda, igitur & hic. 2. Quia appellatio est quædam species defensionis *(ut in quæst. 1.)* pluribus autèm defensionibus uti nemo prohibetur, per jura notissima. 3. Quia actus ille appellandi pendet ex voluntate ipsius appellantis. *per not. in c. interposita. §. denique de appellat.* nam in actibus ex voluntate facientis pendentibus semper inspiciendum est, quem voluerit habere is, qui eosdem plures fecit *Bartol. & alii in l. si quis. de legat. l. qui in alien. §. final. ibidem Bartol. de acquir. hæredit.* 4. Quia in dubio ita interpretari debet illa protestatio, ex quo utilius est protestanti, quia majorem habebit dilationem ad prosequendum, qui notabilis hujus quæstionis est effectus, *(ut per Marant. d. loco.)* 5. per *l. si quis libellos. C. de appellat.* quæ vult, quod permittatur appellanti revocare suam appellationem per pœnitentiam, & suum arbitrium commutare, & hanc sententiam æquitati & veritati propinquam statuo.

V.

Arg. l.15.cod.

Quid si appellans propter inopiam non possit suam appellationem interponere infra tempus decendii?

Putat *Jason in l. invitus. nu. 8. C. de procurat.* omninò pauperi decendium currere. Communiter Dd. distinguunt inter appellationem

tionem interpositam in scriptis, vel vivâ voce, ut illo casu propter sumptus faciendos non currat, hoc utique: replicat *Jason.* sumptus eos esse modicos, & per consequens attendi non debere, *arg.l.9.in fin.de dol.mal.* Respondeo Jasoni fuisse modicos, quia dives fuit; at non pauperi, cui solet unus numerus pretiosior esse, quàm diviti centum. §.*gallinarum ibid. Wesenb.in addit.ad Schneidew. Instit.de rer.divis.* Communis ergò distinctio his fundamentis probat. 1. quia id disertè vult *l.si procuratorem 8. §. quod & ad actionem 8.ibi: quid tamen si paupertas eis non permisit? excusata erit eorum inopia.ff. mandat.* 2. Quia cessante morâ, cessat culpa, at in paupere nulla potest dici mora, quoniam non habet undè præstat, undè & dici solet, quod difficultas excuset à morâ. *gloss. in l.* quod *te ff. de reb. credit.* & impossibilium nulla sit obligatio. *l.impossibilium ff.de R. J.3.* Quia afflictio nō est addenda afflicto. *l.Divus.ff.de offic.præsid.* undè & propter inopiā remittitur mulcta. *l.illicitas.6.§.final.de offic.præsid. Roland.à Vall.2.volum.cons.87.nu.51.Gail.1. observat.142. Guid. Papa decis.436.n.22.* quod multò magis dicimus in tempore appellationis introducendæ, ne scilicet plus hominis, quàm legis dispositio possit. *Gail.d. loc.in pr.*

VI.

Ad l.21. eod.

An omisso medio judice appellatio ad superiorem valeat?

d l.21.h.t. non enim debent jurisdictiones confundi *l. nemo. C.de jurisdict.om judic.* quod & maximè appellantium poscit utilitas, ne, dum forsan à superiore deteriorem ferant calculum, ab omni sint appellationis exclusi auxilio; cōprobat *ordinatio Cameræ.p.2.titul.* Wie vnd welcher gestalt die appellationes. *in pr.* It. es sol kein appellation an den Keyserlichen Cammergericht angenommen werden / die nicht gradatim geschehen. Quæ tamen constitutio tres limitationes præsentis regulæ subjicit. 1. si inferior judex appellanti manifestè deneget jus. 2. Si suspectus in causa sit. 3. si alioqui ex justa causa non possit esse judex, aut esse nolit, atque posterius illud Bremenses, Monasterienses, & Hildesheimenses Episcopos plerunque facere solere, nescio quis ad illam

ordina-

ordinationem notavit. *adde Gail.1.observat.119.n.2. Mynsing.1.observat.67.* nec Imperator quidem excipitur. *d.l 21.h.t.* Quæritur an valeat appellatio, si omisso medio, nihil opponatur? R. *Mynsing.d.loc.* valere, quia videntur partes consentire, & jurisdictionem prorogare: Ex jure nego: quia jus prohibet saltuariam illam appellationem. *d.l.21.* Ergò ipso jure nulla est *l non dubium.C.de ll.* atque ita in Camera Imperiali pronunciatum esse, idem ille additionator ad ordinationes Cameræ Imperial. in causa Hatzfeldt contra Leii notat.

VII.

Ad l. 22. eod.

Ad Principem remissa cognitio, ab eo circumduci potest, qui remisit.

Cognitio (*inquit Glossa*) appellationis, quæ tota delenda est in hac lege, *si quid Cujac. ad Papin. in d. l. 22: credimus.* Bartol. testatur duobus modis *hanc l. vulgò* interpretari: Ex conjunctione *l.26.h.t.* apparebit, eam non loqui de appellatione, sed relatione, de qua & titulus noster agit; cum videlicet superre dubia Princeps consulitur, & quod servari in judicando velit, interrogatur. *l.1.§.1.& tot.tit.de relationibus c.intimasti extr.eod.* Sensus ergò *l.nostra* hic videtur esse. Judex in causa dubitans & eam ad Principem remittens, potest postea eãdem circumducere, id est, obliterare, modò partes consentiant, *ut addit l. 26.h.t.* non etiam si dissentiant, ut si malint Principem causæ disceptatorem habere, (*Cui d.loco.*) *Bartol.* opponit *l.acta 45.ff.de re judic.* verum longè alium fovet casum, *ut ex Duar. & Donell ad d l. Acta. videre est*: nostra *l.* de circumductione loquitur, quæ remissione destinata fit; illa quidem de circumductione agit, sed non remissione, quanquam si casum circumstantiis non variantem contineret, nihil tamen, in quo *à l.nostra* dissentiret, dari posset.

IIX.

Ad l. 2. ff. à quib. appell. non licet.

An à sententia arbitri appellare liceat?

Cur non? quia arbitria adinstar judiciorum sunt redacta. *l. 1.ff. de recept. arbit.* ergo ut in judiciis & à judicibus appellatio cō-

ceditur *l.1. & tot. tit. de appellat.* cur non similiter ab arbitro? 2. Quia regulariter ab omnibus judicibus tàm delegatis, quàm ordinariis appellari potest *c. omnis c. ad Romanam 2. q. 6. l. 1. à quib. appell. non licet.* nec enim judici injuriam facit, qui ab e us sententia appellat. *l. & in majoribus. C. de appellationibus.* 3. Quia appellatio est quædam species defensionis, quæ datur oppressis contra injuriam udicis. *l. 1. de appellat. d. c. ad Romanam c. cum speciali. §. porrò. de appellat.* Defensio autem nemini auferri debet. *l. 3. de justic. & jur.* 4. Confirmat id expressè *l. 2. ff. h. t. l. arbitro. 9 ff. qui satisdat. cogunt.* NEGATIVA tamen sententia his stabilitur fundamentis. 1. quia appellationis remedio extinguitur pronunciatum *l. 1. in fin. ad SCtum Treb. l. 1. de appell.* Arbitrium autem verè dici non potest sententia. *l. quid ergò. §. ex compromisso. ff. ex quib. caus. infam. irrogat.* (*Duar. ad l. 1. ff. de re judicat.*) Ergò non potest rescindi per appellationem, *l. nam & sub. §. 1. ff. de injusto rupt. irrit.* 2. Confirmat id *L. 1. C. de recept. arbitr.* 3. quia incivile est ejus arbitrium improbare, quem ipsus elegisti *arg l. cum Papinianus. C. de sentent.* 4. dicit id *l 32. § cum quidam ff. de recept. arbitr.* 5. quia hodiè ante decem dies sententia ad agendum est inefficax. Ergò frustra ab eo appellatur: Eo autem elapso temporis spacio appellari ea ratione non potest, quia appellationis tempora effluxerunt. *Auth hodiè. C. de appellat, junct. l. cum antea. C. de arbitr.* Conciliatio utriusq; sententiæ peti debet *ex l societatem. 76. §. final. ff. pro soc.* ut affirmativa opinio procedat in arbitris necessariis, vel à Prætore datis: nam cum ab ipso Prætore appellatio concedatur, nulla ratio est, cur non etiam ab arbitro appellare liceat *d l. arbito 9. qui satis. cog.* at si ex compromisso & partium voluntate acceptus fuerit arbiter, sive æquum sive iniquum dixerit, parēdum est. *d. l. societatem. 76. §. final.* Cui distinctioni videtur obstare *l. ex consensu 23. in pr. ff. de appellat.* quæ videtur velle, etiamsi ex consensu litigantiū judex datus fuerit, nihilominus victum provocare posse: Cæterum distinguendum est inter compromissarium judicem, & æditium: sic appellatur *à M. Tullio pro Plancio*, & quis is sit, exposuit *Servius in Ecloga Virgilii.* 3. Is est, quem Præses provinciæ dedit, non ex suo arbitrio, sed ex petitione, editione, & consensu litigantium, de quo etiam agitur *in l. penult. C. de recept. arbitr l. 1. C. ubi & apud quem cognit. rest.* Ab ejus sententiâ, *ut definit l. 23. Papinian.* ap-

appellari poteſt, quia nihil diſtat à judice delegato, quid enim intereſt, delegavit Princeps eum, quem ipſe elegit: an eum, quem partes elegerint, ſi modò eum elegerint citra compromiſſum, ut rectè vulgati Codices habent, perperam π. Florentinæ CIRCA. quod verum eſt, niſi evidens iniquitas arbitrii ſit, *d. l. 32. §. cum quidem.de recept.arbitr.*

IX.

Utrum appellari poßit à ſententia judicis reducentis laudum ſeu ſententiam ad arbitrium boni viri?

Mirificè variant Dd. *teſte Gail. 1. obſ. 149. n. 4.* NEGAT *Bart.* 1. quia hoc iure non reperitur cautum. 2. quia appellatio non eſt permiſſa, quoties judex aliquid, ut vir bonus, arbitratur. Sed reductio fit ad virum bonum, h.e. judicem ordinarium. Ergò, &c. 3. quia judex ſuccedit loco arbitratoris. *l. 76. §. final. pro ſoc. l. pen. ff. judic. ſolv.* Ergò & ejusdem conditionem & naturam habere debet *l. ſi cum. §. qui injuriarum. ff ſi quis caution.* Ab arbitratore autem non appellatur *d. l. 76. §. final.* IN CONTRARIAM tamen ſententiam à plerisque idem eſſe teſtatur *Covarr. 2. variar. reſol. 12. n. 3.* 1. argumento *Bartoli* inverſo, quia id jure non reperitur prohibitum. Ergò permiſſum cenſeri debet *arg. l. nam quod liquidæ. §. final. de penu legat.* quod tantò magis in appellationibus dicendum, quia favorabiles ſunt. *l. 1. de appellat.* & permiſſæ regulatiter cenſeantur. *l. & in majoribus. C. de appellat.* quod pluribus rationibus confirmat *d. loco. Covarr. Fachin. 6. controverſ. 96. Gail. d. loco. cum plurimis citatis.*

X.

Ad l. 1. quis & à quo appellet.

Subobſcurior videtur *l. 1. §. ab eo. 1. ff. quis & à quo appell.* quam non videntur percepiſſe patres illi vetuſtiores, ſi *Zoanet. c. 9. reſtitut.* fidem habemus. Senſus videtur talis eſſe: Proconſul provinciam ingreſſus mandat legato jurisdictionem ſuam. *l. 13. ff. de offic. Proconſul.* quia conſequitur jus dandi judicis. *l. 12. ff. eod.* legatus multitudine cauſarum preſſus dat judicem Titium, cujus à pronunciatione appellatur, quæritur quis ſit appellãdus? R. Ulpian.

A B Eo, scilicet Titio judice dato, *non ipse provocabitur, cui quis mandavit jurisdictionem*, qui legatus proconsulis est, quia ipse videtur tulisse sententiam, *nam & generaliter is erit provocandus ab eo, cui mandata est jurisdictio*, hoc est, licet dederit judicem, generale nihilominus id est, ut is ab eo provocetur, qui provocaretur A B Eo, *Qui mandavit jurisdictionem*, cum nullum judicem dederit. Creditur vulgò obstare *l. unic. c. qui pro sua jurisdict.* quæ vult, ut ad delegatos à Principe causæ appellationum remeent. *Vacon. à Vacun. 6. declar. 84.* dicit, pro verbis A D Eos legendum esse A D Nos, & sic legi in nonnullis Codicibus, testatur ad eum locum *Accurs.* quod si placet, res plana est, sin minus, aliud apponemus.

XI.

Ad l. 1. §. biduum. 5. quand. appell. sit.

Quæritur num tempus decendii possit partium consensu prolongari?

Negat *Mynsing. 3. observat. 11. Gail. 1. observ. 139. n. 6. Guid. Papa. 115.* 1. quia omnis pactio & conventio contra jus est nullius momenti. *l. non dubium. C. de legib.* talis autem hæc est, quia jus præcisè requirit, ut intra decendium appelletur. *Auth. hodiè. C. de appellat.* & ut tempus à momento in momentum currat. Ergò. 2. quia jus publicum pactis privatorum lædi non potest, neque debet. *l. jus publicum. ff. de pact.* quod in tantùm voluit obtinere, *Ordinat Imperii 2. p. tit. 29.* ut neque judici hoc permittatur. Ergò multò minus hoc privatis concedi potest, vel debet. 3. quia aliàs scimus jussum & authoritatem judicis facere ex illicito licitum. *l furti 6. § 3. ff de his qui notant infam.* 4. Quia olim in propria causa biduum, in aliena triduum fuit *d. l. 1. § biduum. h. tit.* Hodiè autem per constitutionem Justiniani factum est decendium. *d. Auth Hodiè. C. de appellat.* Constitutiones autem novæ quàm strictissimæ accipiendæ sunt. Ergò prolongari non potest, quoniam nimium latè evagemur. *Viv. 2. op. 23.*

XII.

Ad tit. de appellatio. non recipiend.

An in causis fiscalibus recipiatur appellatio?

Negat.

Negat *l. abstinendum 4. l. final. C. quor. appellat. non recip.* quia sine incommodo publico non videtur differri posse eorum executio (*Donell. 28. com. 9.*) quod tamen videtur affirmari *in l. lata 27. C. de appell.* & confirmatur *l. quoniam nonnulli 18. C. eod. l. penult. ibi. etiamsi contra fiscum appellatum sit ff. de appell. recip. vel non. R. Gloss. ad d. l. quoniam 18.* quam sequitur *d. loco Donell.*

XIII.

Utrum à sententia in possessorio lata appellatio valeat?

Vide de hac quæstione *Mynsing. 6. observ. 13. Wurmbs. 1. Tit. 24. obs. 12. Aufrer. in decision. capell. Tholos. decis. ultim. Wesenbec. in parat. n. 8. de appellat. Gail. 1. observ. 7. Cujac. 1. observat. 20. Bartol. & Dd. communiter in l. unic. C. si de monent. possess. Soarez. lit. A n. 206. & lit. P. n. 167. Petr. Ferrar. in pract. sua in tit. in caus. spol poss.* communiter eo itum testantur appellationem non valere, quia possessio celeriter restituenda. *l. quisquis. C. de appell.* & nominatim latam sententiam sortiri effectum traditum *l. unic. C. si de moment. poss.* quod verum est quoad effectum suspensionis, non etiam quoad causæ devolutionem. *ut Bartol. voluit in l. 2. n. 6. de appell. recipiend.* quamvis de generalitate ejus dicti multa in contrarium fortassis rectius dici possent.

XIV.

Ab executore sententiæ appellare non licet.

l. ab executore ff. de appellationibus l. ab executione. C. quorum appell. non recipiunt. interest enim publicè, non differri rerum judicatarum & planè peractarum executionem, idque adeò verum est, ut appellare non liceat ab executore quamvis suspecto. *c. noвit. 43 extr. de appellatio*, nisi si dicatur malè sententiam interpretari. (*Donell. 28. comm. 6.* quod limitat *Bartol.* nisi modum excedit *in d. l. ab executore. Marant. d. loc. n. 259.* Bartol. opponit *l. in majorib. C. de appellat.* sed cum illa generalis sit, per legem specialem ei meritò derogatur.

XV.

Ut nec à sententia de exequendo.

A Gabriel. 2. de appellat. conclus. Speculator *in tit. de appellat. §. in quibus n. 6.* affirmat argumento à simili, nam licet quis non possit ab excommunicatione appellare, tamen à pronunciatione, qua quis dicitur excommunicatus, appellare poterit, ut notat *Gloss. in vers. privatos. in c. cupientes. §. quod si per viginti. de elect. in 6.* NEGATIVA tamen communior est, 1. ut si aliquis finis litium. *l. fratris. C. de transact. l. 1. ff. de usucap. l. æquissimum. de usufr.* 2. ne lex imponatur verbis *l. 2. C. commun. de legat.* voluit enim ne ab executione appellatio reciperetur. *l. ab executione. C. quor. appell. non recip.* 3. quia prohibita appellatione censentur & cætera prohibita, per quæ ad appellationem devenitur. *arg. l. 2. de jurisd.*

XVI.

Quæritur an ab interlocutoria appellatio recipi debeat?

Negat *l. 2. ibid. Bartol. ff. de appellat. non recipiend. l. penult. C. quor. appell. non recipiunt.* ne videlicet lites in immensum crescant. *l. fratris. C. de Transf. l. 1. de Usucap.* & si quod damnum patiatur, resarciri illud poterit per appellationem à definitiva, atque hanc ob causam in Camera ita pronunciari solere testatur *Gail. 1. observat. 129. n. 1.* quibus autem casibus ab interlocutoria appellatio recipi soleat, tractat benè *Guid. Papæ decisione 75. per tot.* De jure tamen Canonico contrarium sancitum reperitur, quia à quolibet gravamine appellari potest. *c. at debetur. extr. de appellat.* & hæc communis est Canonistarum conclusio, ut firmat *Virius 2. opinion. 17. n. 2.*

XVII.

An confessus appellare possit?

Negat *l. 2. C. Quor. appell. non recip.* quæ duo copulativè requirere videtur, scilic. ut confessus & convictus sit, quod in criminalibus facile admitti potest, de quibus loquitur *d. l. 2.* At in civilibus, quia confessio inducit notorium, & in notoriis non recipiatur appellatio. *c. consuluit. c. cum sit in fin. c. pervenit. extr. de appellationibus*, forsan non erit absonum illud negare, utcunq; in alia omnia nostri abeant. *Marant. d. loco. n. 192.* Deinde quia nullo colore ad appellationis æquissimum subsidium devenire poterit,

rit, hoc enim iniquitatem judicantium corrigit *l. 1. de appellat.* at iniquitatis quomodo is judex accusari potest, qui sui oris testimonium sequitur. Unde is qui confitetur, pro judicato habetur. *l. 1. ff de confess* nisi forsan errore lapsus confessus fuerit: hoc enim casu imperitiam ejus corrigere ipsi ex natura appellationis concedimus. *L. 1. d. appellat. adde Vivium 2. opin. 15. & 16.*

XVIII.

Ad l. 1. quæ sententiæ sine appellat.

Licet nè errorem calculi post sententiam à judice latam corrigere?

Hac de re *Marcelli in h. l. 1. §. 1. quæ sentent. &c.* definitio talis est, si judex ita pronunciaverit, cum constet, Titium Sejo ex illa specie 50. item ex illa specie 25. debere, idcirco Lucium Titium Sejo in 100. condemno, quoniam error computationis est, non appellare necesse est, & citra provocationem corrigitur, quod tamen impugnare videtur, *l. unic. C. de err. calcul.* quæ rationes semel computatas, ita demum retractare permittit, nisi res judicata sit, at nos eum proponimus casum, ubi judex pronunciat. *Gloss ad l. unic* suo more varias responsiones adfert, nulla erit contrarietas, si quid res est, dixeris. Ita demum rem judicatam errori obstare, si judex cum error calculi admissus diceretur, pronunciavit nullum errorem commissum esse. Hoc enim casu postea agere volenti, & exceptiones retractari obstat rei judicatæ exceptio, verùm *in d. l. 1 §. 1.* non judex errorem confirmavit, sed pronunciando errorem commisit, meritò igitur sententia sine provocatione corrigitur. *l. si quis per errorem. de jurid. cum simil.*

§ (o) §

FINIS.

DOMINICI ARUMÆI FRISII J.U.D. PROFESSORIS PUBLICI.

Diſputationes Feudales

Editio iterata,

DISPUTATIO FEUDALIS PRIMA,

DE

Auctoritate, origine & definitione Feudi.

RESPONDENTE

JOHANNE Schönbach/ LUBECENSI Saxone.

Præ-

PRÆPARATIO.

CUM casum appetat, qui ad summa loci fastigia postpositis gradibus, per abrupta ascensum quærit, nec, quod præcipiti via, certum deserit ordinem, lætos habeat exitus, *ut inquit Boët. 1. metr. 6.* Ideò doctrinam Feudorum longè utilissimam. *Jas. in prælud. Feud. Schrad. in proœm. de feud. Mozz. in pr. de feud.* nullo tamen ordine traditam. *Zas. in pr. de feud. Borch. in proœm. n 1.* methodo & ratione certa, quantum nobis permiserit ingenii tenuitas, tradere, & publicum in usum, quod scholæ nostræ consuetudo flagitat, proponere placuit.

THESIS I.

QUia verò in omni disputatione prima hæc quæstio sibi locum vendicat: An res sit? *ne si de ea dubitetur, frustranee in cæteris laboretur, quærimus primò;* sit ne aliquod Jus FEUDALE?

Ut autem competenti ordine res clarescat, sciendum, tria diversi juris genera libris feudorum inserta esse, nonnullæ enim in iis constitutiones Cunradi I. Henrici II. V. VI. & VII. Lotharii I. & II. Friderici. I. & II. reperiuntur; extant & Cremonensium, Mediolanensium, Placentinorum, diversorumque locorum consuetudines; inveniuntur quoque Gerardi & Obetti, aliorumque sapientum opiniones & sententiæ De constitutionibus Principum res clara est: quod enim Principi placet, legis vigorem habet, inquit Justinian. *in §. quod Principi. Inst. de J.* N. G. & C. *Isern. in prælud. n. 24. de Feud. L. Sylvan. q. 1. n. 1. de feud. recognit.*

cognit. Guerr. Pis. in prælud. n. 1. de feud. & juxtà eundem Princeps tàm conditor, quàm interpres legum solus justè existimatur. *l. ult. C. de lb.* Dubitatur autem secundum multos, *inquit Isern. d. loco.* de his qui dicuntur per Obertum & alios; dubitatur & de consuetudinibus, quemadmodum videre licet ex iis, quos citant *Sylvan. d. q. 1. Giphan. c. 1. num. 11. de jur. feudor. & Facbin. 7. controvers. 2.* & quidem consuetudinibus vim juris tribui non debere ex eo putant, quia ut sunt certorum locorum, ita & extera utentium territorium valere non debent. *l. final. C. de testam. l. an in totum. C. de ædific. privat.* abundat enim unaquæque provincia suo sensu, *inquit Hieron. ad Lucin. epist. 28. & relatum est can. utinam. distinct. 76.* & notum est, quod res inter alios acta aliis præjudicare non debeat. *tot. tit. C. Res inter al. act.* addunt, quod consensus de uno ad alium non trahatur. *l. si unus. §. ante omnia. ff. de pact.* multo minus ergò consuetudo, quæ saltem tacito consensu initur, de uno in alium populum transfertur; siquidem ubi expressum non valet, multò minus tacitum efficere poterit. *l. 2. C. sol. matr. l. Lucius. §. penult. ff. ad municipal.* Subjiciunt insuper, quod consuetudo irrationabilis obligare non debeat. *l. quod non ratione. ff. de legib. c. final. de consuet.* In consuetudinibus autem hisce feudalibus nonulla reperiuntur, quæ nulla ratione nituntur. *c. filii nati. ibi*; quamvis ratione improbetur, ex usu tamen observatur. *si de feud. defunct. cont. sit int. dom.* ut dixerit *Bald. in c. unic. n. 4. de feud. cognit.* non exigi in consuetudine, quod semper sit rationabilis, sed satis esse, quod sit tolerabilis & usu approbata. Et ideò consuetudines hæ vim juris non habebunt. Sententias vel opiniones Oberti, Gvardi, aliorumque non dissimili modo labefactare conantur: quoniam privati illi fuêre juris condendi potestate destituti. *Sylvan d. q. 1. n. 49. Ægid. Bellemer. consil. 48.* & quamvis sapientum nomine condecorentur. *c. unic. vers. super isto. si de feud. Vasall. ab aliq. interp.* eorum tamen opiniones non necessariæ, sed saltem probabiles sunt. *l. 2. §. sed neque C. de vet. jur. enucl. l. 1. C. de profess. qui in urb. Constant.* quippè si juris authoritatem eorum obtineant sententiæ, necessum est, quod juris proprium est, scilicet imperare, vetare aut permittere. *l. legis virtus. ff. de lb.* impleant; plurima autem in libris feudalibus, non solum incerta, sed & planè pugnantia inveniuntur, sicuti id pluribus

ribus demonſtravit *Franciſc.Hottom.in præfat.comment. feudal.* & per conſequens juris nomen, quod certum & firmum eſſe debet *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* obtinere nequeunt. Moventur & eo, quod in judicio aut ſcholis ex aliis libris, quam Inſtit. & Digeſtis & conſtitut. ab Imperat. Juſtiniano promulgatis antea compoſitis aliquid recitare prohibitum ſit. *§. hac igitur. 19. de confirm. Digeſt.* ſententiæ autem eorum neque compoſitæ, neque à Juſtiniano promulgatæ ſunt. Ergò.

Cæterum iis ſepoſitis firmiter ſtatuendum erit, *Jus aliquod feudale eſſe*, vel ut explicatius loquar, auctoritatem juris conſuetudinibus & ſententiis illis tributam eſſe, quod etſi pluribus probari poſſet, quia tamen à plerisque facilè accipitur, hoc Syllogiſmo allato contenti erimus: quodcunque Impp. voluntate, Pontificum decretis, communi obſervantia tàm in foro, quàm ſcholis ante annos longè hominum memoriam excedentes pro jure habitum & obſervatum fuit, dubio omni procul juris auctoritatem habebit. *l. final. C. de ll. arg l. 3. in pr. ff. ad SC. Macedon. c. ſuper quibusdam extr. de V. S. l. hoc jure. §. aqueductus. ff. de aq. quotid. & æſtiv. Sylvan. d. q. 1. num 27.* de jure autem feudali id affirmari poteſt. Ergò. Minoris probatio per partes ſic inſtitui poteſt; voluntas Impp. ex eo apparet, quia ſententiæ & conſuetudines feudales illis ſcientibus, imò jubentibus inter conſtitutiones Imperiales relatæ ſunt. *Odofred. in auth. caſſa. C. de SS. Eccleſ. Sylvan. d. q. 1. num. 5. Guerr. Piſo in prælud n. 14. de feud.* Ergò *l. 1. §. ſed neque. C de veter. jur. enucl.* & juxta eas in Curiis, eorundem cauſæ feudales deciſionem ſuam ſortitæ fuerunt, etiamnumque ſortiuntur (quod vim expreſſæ approbationis habet. *Auth. qua in provincia. C. ubi de criminib. agi oportet c. in cauſis de judic.* Pontificum decreta extant plurima, quibus illi in pluribus ſententias illas confirmant, *in c. novit. c. cæterum. de Judic. c. qua in Eccleſiarum. de conſtit. c. ad audientiam. c. ſi diligenti de præſcript. c. excommunicatus. de hæretic. c. per tuas. de donationib. c. in quibusdam. c. ad aures de pæn.* Communem obſervantiam fori notorietas rei ſatis ſuperque evincit, & de ea atteſtantur *Iſernia d. loc. num. 25. Sylvan. d. q. 1. n. 27. Jacob. de Belviſ. ad tit. de his, qui feud. dar. poſſ.* quibus ut excellentibus Doctoribus hac in re omninò credi debet. *Guid. Pap. q. 139. Maſcard. concluſ. 426. de probat.* lectas quoquè & in ſcholis

receptas esse, argumento sunt vetustissimorum Doctorum, scilicet Jacobi de Belvis. Baldi, Iserniæ & aliorum commentaria. Atque hanc opinionem vel ideò amplectendam esse monet *Hannet. c. 1. de feud.* ut Glossarum tàm juris civilis, quàm Canonici authoritas conservetur, quæ pluribus in locis supra scriptas sententias & consuetudines feudales ad intentionis suæ comprobationem allegârunt: Eamque non impugnant in contrarium allatæ rationes, nam ut ad confutationem earum, quæ consuetudinibus oppositæ sunt, nos cõvertamus, tantum abest, ut prima nostræ sententiæ obstet, ut etiam non mediocre eidem fulcimentum præbeat; siquidem consuetudines feudales non tantum illis in locis, in quibus natæ sunt, usurpantur, sed consensu Imperatorum non solum in Imperio, sed & extra illud Regum receptione in Gallia, Hispania, illisque locis, in quibus feuda dari solent, vigent. *Guid Pap. decis. 180. Pinell. p. 3. n. 84. in pr. l. 1. C. de bon. matern.* ut non locales, sed meritò generales dici debeant. *Isern. d. loco. n. 27. Guerr. Piso. in prælud. feudor. n. 23.* quam responsionem nonnulli ex eo infringere tentant, quod dici solet, ab origine posteriorem eventum formari, & cujusque rei initium spectandum esse. *l. si procuratorem. 8. in pr. ff. Mandat.* Verum instantia ea facilè argumento à simili refellitur, quia & Juris Romani initia valdè tenuia fuêre, & ipsam Romam vix egrediebantur. *l. 2. ff. de orig. Jur.* Sunt *ait Cic. 5. de finib.* Omnium rerum principia parva, sed suis progressibus tandem augentur, ad quæ si eorundem posterior eventus adaptaretur, necdum hodiè generalia essent, quod tamen dicere absonum fuerit. Et objectio *ex d. l. si procuratorem. 8.* suis in terminis, quia contractus ex consensu initium accipiunt, non etiam in aliis valet. Altera oppositio ex *tit. Cod. Res inter alios acta vel judicata aliis non nocet.* pertinet ad acta vel gesta inter privatos veluti solutionem transactionem pactionem, quæ absentibus non nocent. *Cujac. in parat. ibid.* Ad consuetudines autem nostras, si argumentum ejusdem transferre libet, dicendum ab initio quidem inter alios eas actas & constitutas esse; verum quia progressu temporis ab aliis & quidem omnibus receptæ sunt, non ut inter alios actæ, sed ut omnibus in universum impositæ meritò præjudicant: qua eadem responsione contenta est tertio loco addita objectio, quia consuetudines hæ non so-

lùm

lùm tacito, verùm etiam expreſſo gentium conſenſu de populo in populum translatæ ſunt. Quarta oppoſitio à particulari ad univerſale ducta non procedit: non enim conſequentia ſatis proba eſt; deciſio una aut altera conſuetudinis durior eſt. Ergò in univerſum omnes rejiciendæ erunt, ſiquidem illa argumentatione admiſſa tota civilis ſanctio corrueret, cum in ea nonnulla ſint, quæ noſtram rationem effugiant. *l. non omnium. ff. de legib. l. ita vulneratus. ff. ad L. Aquil. l. locum. ff. de relig. & ſumpt. fun.* quin, quod ſecundo loco reſponderi poteſt; etſi *d. c. filii nati.* ratio nobis incognita ſit, non tamen credibile eſt, abſque ratione certa id conſtitutum eſſe: quapropter & *d. l. omnium.* non ſine miſterio utitur verbo P O T E S T, ut ſenſus ſit omnium quidem quæ à majoribus conſtituta ſunt, ratio eſt, etiamſi omnium à nobis reddi non poſſit: Unde *Seneca* ait, reſponſa JCtorum valent, etſi ratio non reddatur; ut omittam, Interpretibus non deeſſe rationem, qua colorare deciſionem *d. c. filii nati.* conantur; ponuntque exemplum tale: Nobilis, qui ex priore matrimonio filios nobiles habet, contrahit matrimonium cum plebeja, hoc adjecto pacto, ne filii ex ea nati in feudo ſuccedant, pactum valet, idque nobilitatis intuitu, ut familiarum ſit ſalva dignitas & honor. *arg. l. 1. §. ſed ſi ſervus ff. de ventr. inſpic.* quam rationem licet Baro à Tautenberg. *in d. c. filii nati.* ex eo refutet, quod textus generice diſponat, nec diſcrimen aliquod inter nobilium & plebeiorum conjugia conſtituat; tolerari tamen poſſe argumentum à communiter accidentibus, quod in jure valet. *l. quadam. §. nummularios. ff. de edend. l. ideoque ibid. Gloſſ. d. ll. Nicol. Everhard. in loco à commun. accid.* efficit; ſiquidem ſecundum communem nobilium conditionem, ſi homo nobilis non aliter cum fœmina nobili matrimonium, quàm hac adjecta conditione contrahere præſumeret, non facilè uxorem nobilem inveniret, ut omittam contra decus nobilitatis eſſe; ſi par pari tàm iniquam legem imponere poſſet: Ut ergò hæc evitemus, veroſimile eſt, talem in ſpecie *d. c. filii* intelligi uxorem, quæ dignitate & natalibus viro æqualis non eſt, quæ facilius conditionem illam propter dignitatem ipſi ex matrimonio accedentem acceptura eſt, veroſimile itidem ſecundam intelligi conjugem, quod & *Hottoma. 1. ibid.* admittit, & ex priore conjugio filios extitiſſe, quia non præſu-

mitur, quod unquam tàm alienus ab omni ratione futurus sit parens, qui filios non habens, filiis quantumvis ex plebeja natis, feudi successionem invidere velit, contra *l. cum ratio. ff. de bon. damn.* Atqui verò, inquies, sic decisio *d. c.* non omnino ratione improbabitur, cum tamen juxta verba eadem rationem non habeat. Rectè, si hanc rationem, quæ à nobilitate ducitur, & qua maximè feudorum domini moventur, nam ut, *inquit Isern. d. c. filii nati. n. 2.* domini curant habere vasallos nobiles, respexerimus, non ratione improbabitur; at contra eandem est, si jus naturæ inspexerimus, quod filios ad parentum successionem ex æquo vocat. *d. l. cum ratio. ff. de bon. damn.* quod nec pacto tolli aut subtrahi posse videtur. *l. ult. de suis & legit. l. 15. C. de pact. l. Jus agnationis ff. de pact.* Quod vero argumenta illa, quæ contra sententias Oberti aliorumque opposita sunt, attinet, nec illa multum efficiunt, quia illis, primæ objectioni respondemus, non utimur tanquam ab Oberto, Gerardo aut suis auctoribus profectis, verum ut ab Impp. (Eas enim expressè confirmârunt) provenientibus. Omnia nostra facimus, (*inquit Justinianus*) quibus ex nobis impertitur auctoritas.. *l. 1. §. sed neq; vers. omnia enim. C. de veter. Jur. enucl.* quæ responsio quoque ad secundæ objectionis eversionem sufficit. Sunt enim necessariæ eorum opiniones, non qua auctores, sed qua confirmatores earundem respexerimus. *l. 2. §. penult. de Orig. Jur.* quod sententiis hisce cum reliquis commune est. Nam ut olim responsa JCtorum per se juris vim non habuerunt, sed ex Justiniani constitutione eam primum obtinuerunt. *l. 1. §. sed utq; ex multitudine. C. de vet. Jur. enucl.* ita horum sententiæ ex Imperat. Friderici Secundi confirmatione eam sortitæ sunt: Is enim mandavit Doctoribus Bononiensibus, ut eas certos in titulos dirigerent, sicuti ex *Odofredo* refert *Sylvan. d. q. 1. n. 5.* quod tamen confictum *ab Odofredo* putat *Moline. ad consuet. Parisiens.* quod sive verum, sive falsum sit, nihil refert, quia de confirmatione ex observantia in Curiis Cæsarum satis constat. Tertia oppositio à particulari est: Sunt quidem nonnullæ incertæ & pugnantes Sapientum opiniones; verum illæ protinus in universum omnes evertere non poterunt exemplo dissensionum Sabinianorum & Proculianorum, Ulpiani, Pauli, aliorumque, quorum responsa contraria etiamnum in corpore nostro ha-

habemus, quæ tamen juris prudentiam nostram labefactare non possunt, satius quidem est, illas planè evulsas, nec in seriem titulorum feudalium relatas esse, sed hoc cum in curia compilatorum factum sit, qui homines fuerunt ordinis & methodi legitimæ planè rudes, ex interpretibus, quid usu obtineat, quid abrogatum, discendum est. Quarta & ultima objectio resolvitur ex eo, quod quidem Justiniani votum hoc unicum fuerit, ut jus ab ipso compositum vel promulgatum in judiciis saltem allegaretur. *d. §. hæc igitur. 19. de confirm. Digest.* cum tamen subsequentium Impp. voluntate & alia postmodum jura, inter quæ hæc etiam feudalia, recepta sint, quibus nec ille hoc interdicere potuit, quippe par in parem imperium non habet. *l. 4. C. de recept. arbitr. l. est receptum. 14. ff. de Jurisd.* Ea Justiniani constitutio attendenda non est. Deinde si penitius ea inspiciatur, inveniemus, eam non loqui de jure futuro (qui enim id vetare potuit Justinianus, cum notum sit, constitutiones priores non posse derogare posterioribus *l. final. de constit. Princip. l. 1. ad L. Aquil.*) sed potius Jure præterito, & legibus antiquatis & ab ipso abrogatis, easque allegare vetat.

II.

Ex quibus itaq; non immeritò colligimus, esse aliquod Jus FEUDALE, *quodque usu primitus introductum, receptione latius serpsit: ita ut omninò Judex id observare, & in judicando sequi, nisi litem suam facere velit, debeat.*

Arg. Auth. jubemus. ibid. Jason. C. de Judic.

III.

Unde inquit Schrader. p. 1. q. 1. n. 10. de feud. *quod sententia contra consuetudines feudales lata, cum sint notoria atque manife-*

stæ,

stæ, æquè nulla censeri debeat, atque si contra jus civile scriptum lata esset.

IV.

Et consequenter, cum in imperio receptæ sint, omnes eidem subjectos, & in ea feuda tenentes ad earundem observantiam obligabunt. l. 3. C. de legib. *sive illi Clerici, sive Laici fuerint.*

Quamvis non desint, qui Clericos iis non ligari contendant, moti primò, quod directò non conceditur, nec per indirectum concedi posse. *c. cum quid una. de reg. Jur. in 6.* Clerici autem directò, & ut maximè ipsi consentiant, jurentque secularem Judicem sibi eligere non possunt. *c. si diligenti. ext. de for. compet.* Ergò nec per indirectum, scilicet feudum accipiendo sese laici domini jurisdictioni obstringere poterunt. 2. res sequitur conditionem personæ, non autem econtra. *l. unic. vers. cæteri verò C. de imponend. lucrat. descript.* Personam autem Clerici Laicus judicare non potest. *c. 2. de Judic.* nec leges laicorum servantur in curia Ecclesiæ. *c. quæ in Ecclesiarum. de constitut.* Igitur nec de feudo ejusdem cognitionem suscipere poterit, quia per consequentiam quandam necessariò personam Clerici judicaret, siquidem litis contestatione, quæ est quidam quasi contractus, obligaretur judicio personaliter. *l. 3. § idem scribit ff. de pecul. l. 2. ibid. Bartol. de prætor. stipul. Alciat. in c. decernimus. n. 2. extr. de Judic.* 3. Sic Barbat. *in c. cæterum de Judic.* argumentatur: aut dicimus, quod dominus feudi subjiciat Clericum, aut quod lex civilis istud faciat, aut lex canonica, aut demum natura feudi: primò non possumus dicere quod dominus feudi hoc facere possit, tum quia pactis privatorum non potest derogari juri publico *l. jus publicum. ff. de pact.* tum etiam, quia nemo facere potest, quin leges habeant locum. *l. nemo potest. de legat. 1.* Deinde affirmare non possumus, quod lex civilis istud efficere possit; quia talis lex nullam habet auctoritatem super Clericos. *d. c. quæ in Ecclesia-*

clesiarum de constit. Non etiam id lex Canonica potest, quia Pontifex non tollit Clericis illud privilegium, quod eis datum fuit à DEO. in c si Imperator. distinct. 96. Non idemque hoc natura feudi efficere potest, cum quia contra legem divinam est quod Clericus subditus sit laico; tum quia contra naturalem dispositionem, quod scilicet res attrahat personam, Auth. ingressi. C. de SS. Eccles. Ergò nullo modo Clerici consuetudinibus feudalibus tenebuntur. Sed hanc opinionem Barbatiæ dicit falsissimam esse Curt. Jun. p. 1. q. 2. n. 3. si consuetudines feudales respexerimus: veram autem quoad constitutiones Impp. arbitratur, quia illis Clerici constringi non possunt. Sed ut Barbatiæ opinio, ita & distinctio Curti haudquaquam subsistere poterit: 1. quia Jus feudale omnium consensu tàm à Clericis, quàm Laicis usu receptum est: de hisce dubium nullum est; de illis probant textus in c. verum est. c. re transmissa. de for. compet. c. cæterum. de judic. Et per consequens etiam Clericos obligabit. 2. Deinde ea, quæ de natura contractus sunt, tacitè acta esse inter contrahentes præsumuntur. l. cum quid. 3. ff. si cert. pet. Atqui is, qui feudum accipit, de natura feudi stare coràm ejusdem domino tenetur. Et consequenter Clericum feudum accipiendo tacitè, ut coràm ejusdem domino stare velit, pactum censetur. Et rectè dicit Sonsbech. p. 1. n. 29. de feud. si conveniri nolunt Clerici coràm domino vel paribus Curiæ, & sic Judicibus secularibus, caveant à secularibus feuda accipere, & secularibus rebus sese immiscere; quod tàm à Canonibus, quàm ipso Christo prohibitum est, authore Hieronymo. in c. clericus. c. duo sunt genera. 12. q. 1. & tot. tit. ne cler. secul. negot. sese immisc. Addit & 3. Afflict. in prelud. Feudor. n. 37. de feud. quod Petrus Apostolus casus Ecclesiasticas secundum leges civiles judicaverit. c. beatus. q. 1. caus. 6. Et ad rem eleganter notat Innocent. in c. solita. extr. de major. & obedient. quod ubicunque Episcopus tanquam Dominus Feudi cognoscat de causis feudalibus, non dicitur cognoscere tanquam Judex Ecclesiasticus, sed potius tanquam secularis, & ideò ab eo non appellaretur ad Papam, sed Imperatorem. Sequitur Gverrin. Piso in prelud. feud. cap. 3. n. 3. Confirmat 4. & hanc opinionem alio argumento, Intrigiol. q. 14. de feud. n. 6. contractus rationabilis laicorum etiam adstringit Ecclesias, c. cum venissent. de eo qui mit in

possess. c. causam. de sent. & re judic. Praeposit. in praelud. feud. n. 10. Consuetudines autem feudales sunt rationabiles: aliàs enim consuetudinis nomen non mererentur. *c. final. de praescript. c. consuetudo. dist. 1. Isern. n. 24. in praelud. feudor.* ut jam dictum est. Quintò & ultimò, licet per infeudationem utile dominium transeat in vasallum Clericum, tamen penes dominum concedentem remanet directum dominium, quapropter dominus cognoscendo & judicando censetur potius judicare de re sua, quàm de persona Clerici. Et hæc communis est opinio. *Jul. Clar. §. feudum quaest. 3.* à qua non dimovebunt nos contrariæ opinionis argumenta: nam primum à proposito exorbitat, quia dominus feudi non propter consensum clerici accipitur, sed propter auctoritatem constituentis in causis feudalibus judicat. Lex enim canonica constituit, ut clericus de feudo, quod à domino seculari habet, ejusdem cognitionem perferat. *Curt. Jun. d. q. 2. n. 3.* Ad secundum respondemus, quod id inspiciendum semper sit, quod principale est. *l. si quis nec causam. ff. si cert. petat.* Principaliter autem consideratur res; propter feudum enim Clericus vasallus dicitur, non autem propter Clericum feudum, ut mirandum non sit, naturam feudi ad se personam trahere: sicuti res exemplo tributorum & censuum demonstrari potest: In illis enim Clerici privilegium fori non habent, sed coram laico conveniri possunt. *Bald. in l. de his. C. de Episc. & Cler. Guerr. Piso d. c. 3. n. 4.* Et dicit *Odofredus*, quod Clerici ratione fundi quem possident, sunt subjecti imperio temporali. *Ægid. Thomat. c. subjiciunt hoc loco. n. 17. de collat.* ubi *n. 28.* dicit, quod ratione possessionum Clerici subditi sunt Principi; officii verò Episcopo. Ad *Barbatiæ* argumentum dupliciter responderi potest; Et quidem primò, quod lex canonica Clericos feuda tenentes subjecit secularibus dominis, quod & potest. *c. Romana §. debet. de appellat. in 6. c. solitæ ext. de major. & obed.* Nec obstat jus divinum, *inquit Curt. Jun. d. loco.* quia hoc modo Papa non tollit purè jus divinum, sed solùm limitat, quod potest. *ut lat. not. in c. tuo ibid. Felin. extr. de decim.* quam responsionem videtur probare *Sonsbech. p. 1. n. 28. de feud.* Vel etiam simplicius responderi potest, quod nullibi in jure divino prohibitum sit, clericos legibus civilibus constringi, quin potius non uno in loco omnibus in uni-

ver-

versum mandatum est, legibus honestis obediendum esse, juxta illud Christi, Date Cæsari, quæ sunt Cæsaris, *ut latius demonstravi disput. 1. ad Instit. thes. 1.* Secundò *Barbatiæ* argumentum aliter & quidem hoc modo evitari potest: naturam rei efficere, ut Clerici secularium judicium agnoscere cogantur: quia *uti supra ex Thomatio diximus*, ratione possessionum subditi sunt temporali Jurisdictioni: Et ideò in possessionibus & feudis non ut Clerici, sed ut possessores & vasalli judicantur. *Curtii* distinctionem quod attinet, satis illa refutata est *à Schrad. q. 3. p. 1. n. 5. de feud.* Cum enim illæ constitutiones Imperiales naturam quodammodo feudi informent, atque origini illius sunt connexæ, dubium non est, hasce constitutiones vim atque vigorem suum ad Clericos & Ecclesias extendere, *prout in similibus inquit Bald. in c. cæterum. n. 2. de judic.* præsertim, cum *uti Curt. fatetur*, decisiones feudales non dicantur civiles leges, nec introductæ à Principe seculari, sed tacito consensu tàm Clericorum quàm Laicorum receptæ, non sanè eximi ab hac receptione constitutiones poterunt, quin illæ tantò arctius propter auctoritatem & expressum legislatoris consensum Clericos constringent, quantò solet expressum justius tacito prævalere. *Nicol Everhard. in loc. ab express ad tacit. n. 10.* Ut omittam, constitutiones vel leges Imperiales, quatenus Canonibus non adversantur, ipsis Canonibus non diffitentibus, ad Clericos & Ecclesias vigorem suum extendere. *c. 1. ibid. Abb. extr. de oper. nov. nunt can. lege. distinct. 10.*

V.

Ut autem latius auctoritatem hujus juris producant Feudistæ, volunt id ad decisionem civilium & canonicarum causarum, deficiente civili vel canonico jure, allegari posse. Curt. Jun. p. 1. q. 3. n. 6. Vigel. c. 1. regul. 4. Borch. c. 2. n. 32.

De quo tamen non immeritò quis dubitaverit. 1 propterea quod dici solet: cessante lege, cessat & ejus ratio. *arg. l. cum tale,*

27. §. *falsam. ibid. Gloss. in verb. non cohæret. ff. de condit. & demonstrat. l. generaliter. C. de Episcop. & Cleric.* Atqui consuetudines feudales in foro civili & Canonico legis vim non habent, uti patet ex *c. unic. vers. in judicio.* ubi dicitur: in judicio quod de feudis agitur, illud legibus nostris contrarium dici solet. *de feud. cognit.* Ergò nec earundem ratio valere in eodem debet. 2. si ab hisce consuetudinibus in civili vel canonico foro argumentandum esset, necessum illud fieret, *juxta JCti consilium*, à similibus ad similia, *in l. non possunt. 12. ff. de legib.* nihil autem simile feudum cum iis, quæ in civili aut canonico foro tractantur, habet: siquidem illis juribus feuda planè incognita fuerunt, nisi forsan quis *cum Cujac. 8. observ. 14.* dicere velit; jure Romanorum feuda introducta esse, eaque quæ in jure de hominibus, eorumque possessionibus tradita sunt, ad vasallos feudaque pertinere, *ut in l. 2. C. de Episcop. & Cleric. l. 1. C. de commerc. & merc. l. unic. C. de conduct. & procurat. l. 4. C. de dignit.* aut etiam cum *Budæo in l. herennius. de evict. Zas. p. 1. n. 1. de feud.* à clientelis feuda arcessat, quarum mentio fit apud *Gell. lib. 5. noct. Attic.* & in *l. 3. §. sed quod de pen. legat. l. non dubito. §. 1. de capt. & postlim. reverf. l. 3. C. de novat.* Vel etiam cum *Vigilio in rubr. Institut. de milit. testam.* ad agros, quos Principes militibus in præmium militiæ adsignabant, feuda referat, de quibus mentio fit *in l. Lucius. ff. de evict. l. item si verberatum. §. 1. de rei vind.* Et ideò quoties horum controversia oritur, nec tamen jus certum extet, à feudis argumentari licere concludat. Verum illi primò omnium certioribus rationibus, quam ab authoribus jam citatis factum est, superiorum opinionum veritatem probare incumberet: nam *Cujacium cum suis hominibus* refutavit *Petr. Heig. lib. 1. q. 1. n. 20. Hottom. c. 2. disput. feudal.* Budæum & Zasium reppulit. *Molin. tit. 1. ad consuet. Parisiens.* Viglium rejecit *Hottom. disput. lib. c. 2.* quapropter consuetudines hæ, aut earum rationes in foro civili & Canonico conquiescere debent. 3. præsertim cum jure satis provisum sit, quod jus singulare ad consequentias producendum non sit. *l. Jus singulare. ff. de legibus.* 4. Et notum sit, quod consuetudo tacita sit civium conventio. *l. de quibus. ff. de legib.*, quæ propterea ultra jus & personas ea comprehensas extendi non debet. *l. si unus. §. ante omnia. ff. de pact. 5.* Vel ideò quoque, quod JCtus dicat, de quibus

causis

causis scriptis legimus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine receptum est. *l. de quibus. ff. de legibus.* non ergò ad alios casus extra materiam feudalem, feudales consuetudines allegari poterunt, quia de illis receptæ non sunt. Addunt 6. quod consuetudo stricti juris sit; & proprios terminos non excedat. *c. quod translatione. ext. de offic. legat.* non itaque & consvetudines feudales terminos feudales excedere debent, quod videtur sentire *Ludovic. de Molin. lib. 1. c. 7. n. 5. de Hispan. primog. Mozz. in pr. n. 56. de feud. Surd. consil. 120. n. 5. vol. 1.* Verum hisce & similibus non attentis placet mihi superiorum opinio 1. quia lex & consuetudo sunt ejusdem potentiæ *l. de quibus ff. de legibus.* Ut igitur à lege ad casus similes procedere licet. *l. 10. l. 11. l. 12. ff. de legibus.* licebit & similiter à consuetudinibus feudalibus ad casus eandem rationem habentes progredi. 2. quia ratio naturalis vim legis habere debet. *l. cum ratio ibid. Alb. de bon. damnat.* nec est major vel certior ratio in mundo *Bald. in l. quoties C. de suis & legit.* cum sit idem, quod ipsa naturalis justitia, quæ per se sufficit. *l. scire oportet. ff. de excusat. tut. Borchold. c. 2. n. 32. de feud.* quapropter si in consuetudinibus feudalibus ratio talis appareat, nihil obstat, quo minus in utroque foro rationis similitudine allegari possit, siquidem non ut consuetudo feudalis, sed ut ratio naturalis Judicem movere debet, *juxta l. in summa. §. item. Varus. ff. de aqua. pluv. arcend.* Omne enim, quod ratione consistit, lex est. *c. consuetudo distinct. 1.* & pluribus comprobat *Bennetuit. Stracha. p. 2. n. 81. de mercat. 3.* quia quod non ratione introductum est, sed errore primum obtentum, in aliis similibus non obtinet. *l. quod non 39. ff. de legibus.* Si ergo non errore, sed recta & certa ratione consuetudo aliqua feudalis introducta est, in aliis similibus obtinere debet. 4. Consuetudo & statutum paribus passibus ambulant. *Curt. Jun. d. q. 3. n. 5.* statutum autem propter similitudinem rationis ad casus alios extenditur. *arg. l. non mulier. 47. ff. solut. matrim. l. his solis. vers. tacitè cautum. C. de revoc. donat. Jas. in auth. quas actiones. n. 22. C. de S S. Eccles.* atque hanc opinionem præter supra citatos sequuntur illi, quos copiosè citat *Intrigiol. q. 12. Jul. Clar. in §. feudum. q. 3.* quam non impugnant argumenta in partem alteram adducta; & non quidem primum, quia ad eversionem ejusdem, sicut & ad resolutionem

propositæ controversiæ distinguendum est: aut Jus Feudale aliquid contra Jus commune disponit,& ejus observatio in communi foro nulla est,quo spectat Feudista *in d.c.1. vers.in judicio. de feud.cognit.* aut verò aliquid disponit, de quo in civili & canonico jure nihil cautum est,quo casu paritatis data ratione extensio admittitur,sicuti allatis exemplis demonstrant *Borch. d. c. 2. n. 33. Schrader. p. 1. q.3.* quo ipso simul secunda objectio refellitur: sufficit enim casus extare similes, qui extensionis beneficio ex jure feudali decidi possunt, ut sic necessum non sit ad specialem ire enumerationem; vel etiam, an cum hominibus, vel agris militibus adsignatis, vel etiam clientelis jus feudale conveniat, inquirere. Quod tertiam objectionem attinet,dicimus,extensionem juris feudalis eatenus sc.permitti,quatenus bona ratione nitatur, & contrarium in communi jure non reperitur: quapropter si aliquid contra regulas juris communis in feudis reperitur, illud ut jus singulare,hoc est,tanquam aberrans à regulis communibus, attendendum non est. Ad quartum argumentum respondemus, quod extensio juris feudalis consideretur, non ut feudalis juris, sed ut bona ratione suffulti. Quinta objectio inverti *ex d.l.de quibus de legib.* omninò potest: ait enim JCtus; *de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod consuetudine receptum est,* quapropter si scriptum jus vel civile aut canonicum deficiat,id observabitur,quod hisce cõsuetudinibus feudalibus bona ratione receptum est. Ultima objectio sic non incommodè resolvi potest: consuetudines feudales suos terminos non excedere, quando jus commune extat, qua deficiente consuetudinum argumentum sequimur,non qua consuetudines, sed qua rationes earundem respicimus.

VI.

Et ideò non uno in loco apud Interpretes juris nostri argumentationes à feudo ad Emphyteusin videre licet.

Quod multis allatis exemplis comprobat *Nicol.Everhard.in loc.à feudo ad Emphyteus.Vigel.c.1.reg.10.de feud.*

VII. *Et*

VII.

Et quod in dubio argumentum valeat à feudo ad Emphyteusin, ex Socino refert Jul. Clar.d.q.3.§.feudum.

VIII.

Sic per contrarium strenuus legisperitus, sic ubi casus emerserit, qui consuetudine feudi comprehensus non est, absq; calumnia lege scripta uti potest.

Ait Feudista *in c.unic.vers.strenuus autem de feud.cognit.*

IX.

Et ideò ab Emphyteusi ad feudum, à liberto ad Vasallum validè argumentari, data paritatis ratione, licet.

Mynsing. 4.observ. 91. Nicol. Everhard. in loc. ab Emphyt. ad feud.

X.

Ad quod non protinus convolandum erit, sed inspiciendus primò omnium investituræ tenor.

Cum enim contractus ex conventione legem accipiant. *l.1.§.si conveniat. ff. deposit. l. contractus. de R. J.* atque pactis & conventionibus etiam legibus derogatur. *l. pacisci de pact.* meritò tenor & investituræ pactum attendi debet. *lit. 104.in c. extraord.* etjamsi feudorum naturæ repugnet. *c. 1. de duob. fratr. à capit. invest.* nota *inquit ibi Bald.* egregium textum, quod tenor investituræ deroget omni feudorum naturæ, modo tamen non sit contra ipsam substantiam contractus. *Wesemb. c. 8. n. 18. vers. imò quod magis est. Vultej. c.3.lib.2.n.22.de feud.* Unde dici solet, quod prima

prima investitura sit radix atque fundamentum feudi. *Schrad. p. 5 c. 2. n. 31. Geil. 2. obs. 50. n. 15. Mynsing. 5. obs. 76.*

XI.

Quid autem, si in judicio efferantur investituræ plures, eæq; inter sese non concordent, & tamen sint de feudo eodem? Resp. antiquiorem & primam, neglecta posteriore inspiciendum esse.

Tum quia sequentes investituræ nihil aliud sunt, quàm confirmatio primæ; cum quia sequentes sunt accessoriæ ad primam, quæ non possunt principalis naturam immutare *c. accessorium. de R. J. in 6.* Deinde cum in dubio nemo præsumatur mutando investituram primam sibi. *arg. l. cum de indebito de probat.* suis posteris. *l. scripto. 6. ff. unde liber.* vel aliis habentibus jus ex ea præjudicare velle, si quid in sequentibus fuerit mutatum vel innovatum deprehendatur, per errorem factum præsumitur. *Roland. à vall. consil. 1. n. 65. & consil. 32. n. 50. vol. 4. Schrad. d. p. 5. c. 2. n. 37. Vult. d. c. 3. n. 22.*

XII.

Nisi ex certa scientia prioris mutatio domini & vasalli consensu facta constet: tum enim omninò vasallo & agnatis præjudicat, si is feudum de novo, sive primitus acquisivit.

Facit, quod docet Matth. de Afflict. *decis. 112. n. 6.* Zas. *p. 3. n. 1. de feud.* Schrad. *d. c. 2. n. 41.* Sylv. *q. 38. de recognit feud.*

XIII.

Sin verò is non primum acquisierit, sed ab alio ad illum devolutum sit, cum in præjudicium

dicium agnatorum nihil potuerit disponere, ei, non etiam agnatis nocebit.

Rosenth. *c. 6. conclus. 123. & 124.*

XIV.

Quod si autem de speciali aliqua conventione non constet, tunc natura feudi controversi ex longo usu & observantia æstimari debet.

c. 1. de feud. cognit. arg. l. si servus plurium. §. ult. ibi: ante omnia ipsius patrisf. consuetudo, deinde regionis, in qua conversatus est, exquirenda est. *ff. de legat. 1.* Mynsing. *d. obs. 76. n. 3.* & consuetudo dicitur in materia feudali principem locum obtinere *Geil. 2. obs. 148. n. 3.*

XV.

Qua nec apparente, veniendum ad argumenta (supr. thes. 8. 9.) *juris civilis, quæ si non sint, ad similia confugiendum.* d. l. de quibus vers. & si qua. ff. de legib. *& primo quidem consuetudinis, tandem juris scripti.*

Myns. *d. obs. 76.* Wesemb. *c. 17. n. 14. de feud.* Vultej. *c. 3. n. 24.* Vigel. *d. c. 1. reg. 3.* Hart. Pistor. *1. q. 15. n. 36.*

XVI.

Cum autem duplex sit jus scriptum, aliud Canonicum, aliud Civile, & unum ab altero in materia feudali discrepet, quæritur utrius authoritas prævalere debeat?

Unumquodque in suo foro servandum erit; Bald. *in c. unic. §. præterea. n. 10. de prohib. feud. alienat. per Frideric.* statuit: (*verba*

ejus recito, quia ab aliis alium in sensum torqueri solent.) Porrò in feudis (*ait*) ratione juramenti, si discrepet jus civile à jure Canonico, debet servari jus Canonicum. Cujus sententia congruit distinctioni communi, qua traditur, quod in materiis peccata concernentibus, juris Canonici dispositio servanda sit. *c. novit. extr. de judic. c. final. ibid. CC. de praescript.* quam opinionem *Molinaeus* rejicit *ad consuet. Paris. tit. 1. gloss. 5. n. 72.* & simpliciter statuit, legum civilium decisiones in feudalibus controversiis saltem sequendas esse. Verum rejicitur communi opinione, cujus authoritas magna est in jure feudali. *Curt. Jun p. 2. q. 2. n. 60. Schrader. p. 1. q. 6. de feud.* tum etiam stabilitur *Baldi* opinio eò, quod verosimile est, Canonum auctores rectius hanc rem, quàm Ethnicos JCtos considerasse; quibus ignota hæc vox fuit: REDDAS DOMINO JURAMENTA TUA. *Matth. 5. Exod. 20. Levit. 19.* Nec obstat ratio *Molinaei*, quam ille ducit *ex c. unic. de feud. cognit.* nam dum Feudista vult, lege scripta utendum, non respuit jus Canonicum, quia & illud scriptum est: addit *Molinaeus* aliam, quia ex nostra opinione in juramento servabitur jus Canonicum: Atqui *juxta Molinaeum* juramentum non subjicit actum alii legi aut foro: quia illud sequitur naturam sui actus, cui adjicitur. *arg. l. final. C de non numerat. pecun. c. accessorium. de R. J. in 6.* Verum ad hanc rationem ex jam dictis responsio patet, quia certa est omnium decisio, quod in materia & causis conscientiam concernentibus jus Canonicum sequendum sit. *c. cum sit generale. ibid. Abb. de for. compet. Schrad. p. 1. q. 6. n. 4.* Ut sic non tam juramentum, quàm certa juris dispositio actum foro canonico subjiciat: Pro *Molinaeo* affertur aliud argumentum, quod Ecclesiasticorum in feudis, utpotè temporalibus, nulla sit jurisdictio: Si enim Dei ministri sunt, cur se implicant negociis secularibus? *contra tit. ne Clerici sese negot. secul. immisc.* Verum id argumentum non officit, quia, uti jam diximus, juramentum res spiritualis est: Cessante autem fundamento *Baldi* inferendum videtur, (*inquit Curt. p. 1. q. final. de feud.*) quando vasallus juramentum non præstat, (quod contingere potest, si dominus gratiam jurisjurandi vasallo faciat. *c. unic. vers. nulla. per quos fiat invest.*) non obtinere juris Canonici dispositionem, & rectè: cessante enim ratione, cessabit & jus ejus intuitu introductum. *arg. l. quod dictum 32. ff.*

ff. de pact. l. milites agrum. 15. in pr. ff. de re milit. Et ideò generaliter in omnibus casibus, qui juramentum non concernunt, jus civile observabitur; quod multò magis obtinet, si cum domino contendat Vasallus; tunc enim in illis, quæ domini personam concernunt, semper juris civilis dispositio attendi debet, quia quæstio juramenti in ejus persona cessat: jurat enim Vasallus domino; non autem econtra. *c. unic. ibid. Afflict. n. 20. de form. fidelit. Schrader. p. 1. q. 6. n. 14. de feud.*

XVII.

Ad quæ tamen deveniendum non erit, si casus capitulis, quæ vulgò extraordinaria appellantur, enucleatus reperiatur.

Quæri hic potest, an capitula illa extraordinaria, *quæ incipiunt à tit. 73. lib. 2. vel juxta alios lib. 4. & Cujac. ex Ardizone & Alvarotto collecta sunt*, allegari possint? Et quidem *Curt. Jun. p. 5. n. 2. de feud.* ait; quod communiter capitula ista extraordinaria non habeantur, & ideò non sunt allegabilia: Cujus sententia vera est, si eorum prætextu jus illud, quod in priores libros relatum est, evertere quis conaretur: quod si ex illis illa, quæ libris feudalibus prioribus proposita sunt aliquantò obscurius, melius explicari possunt, nihil video, quo minus allegari eadem fas esset, idque argumento ejus, *quod à Glossa & Bartol. & aliis notatur in l. final. ff. de fals.* quod jura omninò correcta, & penitus sublata hunc nihilominus usum habeant, ut ex iis jura nova declarare liceat: quemadmodum argumento sunt sententiæ Pauli, Ulpiani, & Caji fragmenta, quibus nonnunquam difficilimarum legum interpretationes debemus, ut rectè dixerit *Cujac.* Stultitiam esse, has insuper relliquias à superiorum liborum principiis minimè discrepantes improbare; *qua in opinione etiam est Hartm. Pistor. q. 13. n. 59. lib. 2. quæst.*

XVIII.

Et tantùm de auctoritate juris feudalis: sequitur ut feudorum originem inquiramus.

Nam qui illam ignorat, juxta Jasonem super caduco laborat; secundum Sonsbecium *verò, parvi momenti ejus investigatio est, & frivolum reputat se in hac re indaganda nimium fatigare, cum ad rem ipsam parum aut nihil faciat, & nemo ferè sit scriptorum, qui solidè ejus rei veritatem doceat.*

Quicquid sit, nos omissis aliorum opinionibus, *quas ad longum referunt Molinaus ad consuet. Paris. tit. 1. Petr. Heig. lib. 1. q. 1.* paucis communem opinionem non à verò aberrare demonstrabimus, quapropter cum ea existimamus, Longobardos feuda, sicuti ea in libris feudalibus constituta habemus, produxisse: postmodum autem, facta in Italiam irruptione, ad Romanis usitati clientelæ juris imitationem, stipendiariorum & limitaneorum fundorum modum, & militiarum formam conformasse; quod etsi certò pronunciare non possumus, conjicere tamen licebit argumento ejus, quod *Theodoricus, Gothorum Rex,* scribit *ad Anastasium Imperatorem*: Imitatio vestra est forma boni propositi, unici exemplar imperii, & quantum vos sequimur, tantum gentes alias anteimus. *Caßiodor. lib. 1. Epistul. 1.* quæ si non fallat nos conjectura, rectè à Longobardis, quà originem, quà formam feuda arcessemus: formam facilius obtinebimus; nam & sermo Longobardicus est, & qui id collegêre, & informarere, Longobardi fuerunt, & Longobardi soli hoc jus primùm consensu tacito receperunt: Hinc sæpius etiam mentio fit in libris feudalibus legum Longobardorum *c. 1. de feud. cognit. c. 1. de not feudor. c. 1. de content. int. dom. & fidel. de investit. feud,* quapropter concessa forma, & res ipsa concedi debet, quia per eam res est, *arg l. Julianus. §. sed & si quis. ff. ad exhib.* Origo certius constabit ex historia, *quam habet Melanth. in Justino Imperatore*: Longobardos Anno sc. Christi 568. *(refert)* in Italiã imperante Justino secundo, à Narsete contra Longinum exarchum vocatos venisse, qui cum Italiam vastarent, ac plures haberent fundos, quam

quam colonos, essentque ditissimi, multos sibi clientes ambiebant, quo magis familias suas ornarent, atque tuerentur. Longobardos autem hosce Saxones fuisse, *inquit Wesemb.c.3. n. 2. de feud.* dubium non est. At Saxones illi ante adventum in Italiam moribus feudalibus usi sunt: sicut argumento est speculum Juris Saxonici, quod licet post tempora Caroli Magni factum sit, constat tamen, de moribus antiquorum Saxonum esse. Nam postquam Carolus Longobardos devicit, paucissimis immutatis legibus, antiquum jus Saxonibus confirmavit & reliquit, ut hinc argumentari pro origine liceat vero haud absimile esse, Longobardos non alio modo fundos, quos vi bellica in Italia occuparant, suis concessisse clientulis, quàm quo in patria sua anteà habuerant; Huic sententiæ opponitur. *c. 1. §. & quia videmus. de his qui feud. dar. poss.* ubi jus feudorum antiquissimum appellatur: *antiquissimo enim tempore,* inquit textus, *sicerat in potestate dominorum connexum, &c.* Id cum scribat Gerardus, qui ipse Longobardus fuit, ineptè id repetieris à Longobardis, *inquit Cujac. in proœm. feudal.* Verum respondendum est, Gerardum hunc vixisse tempore Friderici Barbarossæ primi, atque ita circiter annum 1152. *ut colligitur ex. c. 1. §. in quibus. de consuet. rect. feud. Wesemb. in proœm. feud. n. 2.* cum tamen Longobardi Italiam invaserint A. 568. eorumque regnum quarto & ducentesimo anno, postquam cœpit, funditus à Carolo Magno subversum sit, qui urbes ac ditionem, quam Pontifici Romano abstulerant, restituit, jure interim feudali perdurante, quod Gerardus collegit, atque ita integris 584. annis elapsis à tempore Longobardorum in Italiam adventus, ad quod tempus, si respiciamus, & maximè vetustiorem feudorum originem, rectè Gerardum antiquissimum jus feudorum appellasse inveniemus. Unde rectè *Hottoman. in d. c. unic. vers. antiquissimo ait:* puta dictum, primo feudalium institutorum tempore, vel sic: quo primum tempore feuda in Italia institui cœpere, hoc est, post barbaricarum gentium, Gothorum, Longobardorum & Fannorum eluviones: nam si antiquitatem hanc ad Romanorum Imperium referamus, exemplum aliquod feudorum Romanorum proferre oportebit. Atque hanc communem opinionem diligentissimè confirmavit *Petr. Heig. d. loc. n. 31. & mult. seqq.*

 XIX. *Quæ-*

XIX.

Quæritur, qui consuetudinum feudalium compilatores fuerint?

Communiter Dd. eos à Gerardo Capagisto seu nigro, & Oberto de Orto pragmaticis & Consulibus Mediolanensibus collectos, & literis mandatos esse volunt. Jas. *in prælud. feudor.* Zas. *in Epit. Feud. in pr. n. 1.* Schrader. *p. 1. q. 1. n. 3. de feud.* Cujac. *in pr. libr. 1. de feud.* Ex cujus sententia, libri primi auctor est Gerardus Niger, argumento motus tituli *de feud. dat. in vic. leg. commiss.* quo improbatur feudum datum lege commissoria: quæ sententia Gerardo tribuitur *in c. 6. de capit. qui cur. vend.* quod fieri non potuisset, si non is libri primi auctor esset, cum ejusdem mentio fiat *in d. tit. de feud. dat. in vic. leg. commiss.* Librum 2. & 3. Oberto tribuit; 4. & ultimum ex variis & incertis auctoribus collectum opinatur; quam sententiam improbat *Carol. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. n. 46.* existimans à solo Oberto eosdem collectos esse: quoniam ejus saltem mentio fit, cum author exprimitur. *c. unic. de feud. cognit. c. unic. in quib. caus. feud. amitt.* nec ullibi apparet, Gerardum aliquid scripsisse, sed ejus saltem sententia per Obertum recitatur: A quibus aliam, & iis contrariam opinionem habet *Duar. c. 1. n. 4. de feud.* cujus verba hæc sunt: Animadverti, *inquit*, quædam ex scriptis Oberti esse sumpta, & huc translata; sed hoc non arguit, authorem esse hunc ejus libri, non magis, quàm Ulpian. pandectarum, eò quod in eo libro quædam ejus referuntur sententiæ. Est ergò rapsodia quædam, constituta ex variis libris studiosorum, qui in foro Mediolanensi versabantur: Etsi non magnoperè refert, quamvis librorum horum primi collectores ignorentur, dummodò de re ipsa constet, tamen cum à plerisq; de iis quæratur, non fraudi nobis erit, si quid hac de re sentiamus, in medium proposuerimus; quapropter existimamus, communem Dd. sententiam probabilem non esse: nec enim certa satis consequentia est: Gerardi & Oberti nonnunquam his in libris fit mentio. Ergò collectio ipsorum propria est; pari quippe nec dissimili modo nobis argumentari liceret; Ulpiani & Pauli sæpius, & ferè per singulos Digestorum titulos mentio fit. Ergò collectores eorundem extitêre. Deinde

si illi, ut vulgò existimatur, collectores fuêre, quomodo excusabimus, quod Gerardi opinio retenta, Oberti valeat in *d. c. 6. de capitan. qui circ. vend.* cum tamen collectorum non sit, nisi opera mutua, & quid alii senserint, in commune consulere, sicuti argumento nobis est Tribonianus cum sociis, nec se invicem perstringere, imò nec suam sententiam aliis præferre, ut fit *in tit. de contr. int. dom. & emptor feud. c. unic. de feud. fœm.* quod præsumendum non est de iis, qui eodem tempore vixêre, eodemque consulatus munere defuncti sunt, uti constat *ex Othone Frisingense. 2. de reb gest. Frider. c. 12.* Aderant, *inquit*, Cumanorum seu Laudensium Consules de Mediolanensium superbia quærimoniam facientes, præsentibus duobus Coss. ejusdem civitatis, Oberto de Orto, & Gerardo de Nigro. Similiter *Molinai* sententia certam satis consequentiam non habet: Oberti fit mentio, & quidem ut collectoris, *in c. unic. de feud. cognit.* Ergò. Nam considerandum est, si eum ut collectorem librorum feudalium constituamus, summæ imprudentiæ accusari, quod epistolam ad filium scriptam secundo libro proposuerit, cum libro primo more omnium scribentium præmittere debuerit, quod de illo præsumi non debet, qui sapiens appellatur. *c. unic. de feud. Vasall. ab aliq. interp.* Quin si *Molinai* sententia vera est, sequeretur Obertum secundi & subsequentium librorum saltem collectorem esse, cum tamen quæstio sit de omnibus libris. *Duareni* opinio ex sententia nostra refutatur, quæ hæc est: constat, & supra retulimus *ex Odofredo ad Auth. cassa. C. de SS. Eccles.* Friderici Secundi Imperatoris Jussu consuetudines feudales Bononiam & Capuam, vèl ut alii volunt, quod verosimilius est, Ticinum missas esse, ut à prudentibus juris in unum corpus connecterentur, quod & factum referunt ab Hugolino JCto præcipuæ autoritatis, cui id à reliquis jurisperitis commissum fuit, inque aliquot titulos digessit, ordine tamen miscellaneo, & non admodum benè composito. *Bald. in proœm. feud. n. 4. Præposit. in proœm. feudor. n. 7. Alvarott. in Epist. dedicat. de feud. Johann. Ferrar. Montan. c. 2. de feud. Sonsbech. p. 1. n. 24. de feud.* non tantum ex Gerardi & Oberti fragmentis, quos verosimile est, maximam operam colligendis consuetudinibus feudalibus ante Fridericum hunc: Vixit enim uterque tempore Friderici primi *c. 1. §. in quibus, de consuet. rect. feud.*

We-

Wesemb. in proœm. Feudor. impendisse, sicuti id ex frequenti ipsorum allegatione apparet. *§. 6. de capit. qui circ. vend. c. 1. si de feud. ab aliq. interpell. fuer. & c. c. 1. sic finit. lex. &c.* verum etiam aliorum collectis, & maximè consuetudinibus in Italia vigentibus, *c. 1. in fin. de his qui feud. dar. poss. c. 1. §. fin. si de investit. int. dom & vasall. lis oriat. c. 2. de feud. dat. in vicem leg. commiss.* neque huic collectioni defuit, postquam Friderico Secundo exhibita fuit Imperatoria authoritas: Ejus enim consensu, *inquit Alvarot. d. loc.* post nonam Justiniani constitutionum collationem, decimæ collationis titulum sibi vendicavit: Et ab illo tempore in scholis & Academiis lecta fuit, & variis JCtorum interpretationibus illustrata, ut merito Friderico Secundo librorum eorum, quibus hodiè utimur, non secus ac Justiniano Juris civilis collectio debeatur. *arg. l. 1. §. sed neq. C. de veter. jur. enucl.* Non ignoro, Carol. Molinæum *tit. 1. ad consvet. Paris.* commentum existimare illud, quæ de Friderico diximus, propterea, quod fide historica careat, *ut ait Vultej. 1. c. 1. n. 7. de feud.* sed viderit ille, cum nullius authoritate idonei scriptoris improbare possit, an non hoc modo multa, quæ per manus tradita sunt, licet in historias relata non sunt, convellat.

XX.

Quæri hic non incommodè potest, cum, ut diximus, *Friderici Secundi jussu consuetudines feudales in unum corpus redactæ sint, annè nihilominus rectè consuetudines dici possint?*

Sunt qui specificam consuetudinis & legis differentiam à scriptura arcescant. *Jas. in l. de quibus, ff. de ll. Guid. Papa decis. 91. n. 2. Duar. c. 1. n. 3. de feud.* Ex quorum sententia id, quod in quæstione proponitur, negandum erit, & expressè volunt *Johann. Rainald. in suo comprehens. feudali in pr. Aquens. in specul. feudal.* qui moventur §. *constat autem. Inst. de J. N. G. & C.* constat autem jus nostrum (*inquit Imp.*) aut ex scripto, aut sine scripto, quapropter cum hę consuetudines scripto nunc constent, eo nomine

am-

amplius insigniri haud poterunt. Deinde quod Principi placuit, legis scriptæ habet vigorem. §. *sed & quod Princip. Inst. de J. N. G. & C.* Principi autem Friderico Secundo placuit, consuetudines hasce in scripturam redigi. Ergò. Denique cui competit forma, eidem ut & formatum competat necessum est: Forma autem legis competit consuetudinibus feudalibus, quia ea consistit in scriptura, & ejus voluntate, qui legis condendæ potestatem habet. *l. 8. & 9. C. de ll.* Utrumque autem consuetudinibus hisce congruit; nam & scriptæ sunt, & quidem ejus voluntate, qui potuit legem condere. Alii & quidem plures etiamnum consvetudines rectè dici contendunt. *Alvarott. ad rubr. de feud. Curt. Jun. p. 1. n. 25. de feud. Sonsbech. p. 1. n. 24. de feud. Vigel. p. 1. reg. 2. de feud.* quorum opinio probatur inscriptione librorum juris feudalis, quæ talis est: INCIPIUNT CONSVETUDINES FEUDORUM. Probatur & auctoritate *Oberti de Orto.* in *c. unic. ibi: secundum regni consuetudinem. de feud. cognit.* Confirmatur & eo, quod nostri tradiderunt, non scripturam, sed expressum populi consensum Jus scriptum facere. *Bart. in l. 2. C. quæ sit long. consuetud. Menoch. 2. arbitr. jud. quæst. cas. 410. n 25. Sebast. Medic. p. 3. q. 11. n. 6. de ll.* quia JCtus *in l. 36. ff. de legib.* ait; non necesse fuisse scripto Jus consvetudinarium comprehendere; potest ergò comprehendi, nec tamen Jus consvetudinarium esse desinet; nam qui necessitatem removet, potestatem idipsum faciendi admittere videtur; quemadmodum argumento à simili id apparet; testamentum aliud scriptum, aliud non scriptum vel nuncupativum dicitur. §. *final. Instit. de testam. ordin.* quod si autem quis nuncupativum condiderit, illudque postmodum scribi faciat, non propterea nuncupativum esse desinet. *l. 2. C. de testam. l. 2. C. de bonor. possess. secund. tabb.* quia saltem certioris probationis causa scriptura accedit. *l. contrahitur ff. de pignor.* Moventur denique, quod ab origine prima posterior eventus formari debeat. *l. 8. in pr. ff. mandat.* Origo autem prima feudorum à consvetudinibus non scriptis profluxit. Ergò. Ut autem distinctè procedamus, id, quod in principio hujus disputationis diximus, hîc repetendum est: vel enim quærimus de constitutionibus Imperatorum, & res clara est; quia scripti Juris nomen illæ assumunt. *l. 8. & 9. C. de legib.* vel quærimus de consvetudinibus & senten-

tiis prudentum, quæ ex usu variorum locorum collectæ sunt, & verius est eas ab origine prima censeri, consuetudinumq; nomine etiamnum rectè appellari, quia scriptura nihil addit vel detrahit substantiæ legis: aliàs enim contrario concesso, & libri & epistolæ eorum, qui Juris condendi potestatem habent, Jus essent. Nec ab hac sententia dissentiunt argumenta contra sentientium. Nam quod primò oppositum fuit *ex d. §. constat autem.* facilem recipit explicationem, si consideraverimus non sequi; Jus nostrum constat scripto aut sine scripto. Ergò scriptura est de substantia legis; siquidem, uti jam diximus, eo concesso & libri & epistolæ Principum leges erunt, causam errori dedit, quod vulgus Doctorum eo in loco divisionem Juris à forma desumptam tradi putat, quo sanè posito vix evitari posset, scripturam non esse de substantia legis, quia forma cui competit, & formatum ut competat, consequens est quapropter verius est, divisionem formæ non essentialis, sed accidentalis eo in loco tradi. Accidit enim hoc legi in Republica Romana, ut plerumque in scripturam redigi soleat, non quod non posset lex sine ea esse; falsum enim id esse evincitur exemplo Lacedæmoniorum, qui leges habuêre, sed non scriptas, *ut testatur Justinian. in §. & non ineleganter Inst. de J. N. G. & C.* sed quia finibus Romani imperii in tantum extensis non alio medio in notitiam subditorum pervenire potuit. Nòn obstat alterum, quod de Principis voluntate dicitur, quia uti inscriptio indicat, à qua argumentum *juxta Everhard in Topic.* probabile ducitur, approbatio facta fuit ea qualitate & modo, quo primitus introductæ fuêre, ut de bonorum possessionibus introductis de Jure Prætorio, & approbatis à Jure Civili, tradunt *Dd. in rubr. C. qui admitt. ad bon. poss.* quo ipso simul responderi potest ad ultimum argumentum: nam licet non diffiteamur, formam legis in eo consistere, & à consuetudine distingui, quod illo expresso, hæc tacito consensu introducatur. *l. de quibus. ff. de ll. §. ex non scripto. Inst. de I. N. G. & C.* attamen id negamus, quod expresso consensu Friderici Secundi, & ea intentione in scripturam relatæ sunt, quod naturam primævam amittere, & Juris scripti nomen assumere debeant, &, ut brevibus concludam, approbatæ sunt non ut leges, sed ut consuetudines. *Guerr. Piso c. 6 in.*

XXI.

His uti generalibus, & ſine quibus ſequentium intellectus haberi nequit, præmiſſis, ad rem ipſam, hoc eſt, feudi definitionem deveniamus; quæ duplex eſt: alia nominis, alia rei: illa ut præcedat, hæc ſubſequatur, ars exigit.

Et JCti ſuo exemplo oſtendunt. *l. 1. ff. de Juſt. & jur. l. 1. ff. de furt. l. 1. de pact. l. 1. §. 1. ff. de tutel.* nec mirum, quoniam res ipſa ſatis cognoſci non poteſt, niſi de verbis prius conſtiterit. Sunt enim verba, *ut Plato inquit,* inſtrumenta, quibus res ſignificantur, hacque de cauſa definitionem nominis tanti JCti faciunt, ut ſæpius ab ea argumenta ducant. *l. bonorum. 49. l. propriè 92 de V. S l. 1. §. cum ſervis. ff. de his, qui dejec. vel effud. l ſi legatarius. 8. ff. de legat. 3. l. 12. de furt. l. in lege. ff. de contrah. empt.*

XXII.

Nominis definitio tradita eſt à Feudiſta in c. unic. §. nulla per quos fiat inveſt. his verbis: *A fide & fidelitate feudum dicitur.*

Quæ nominis alluſio ex eo confirmatur, quod Vaſalli fideles nominantur. *c. unic. de content. int. dom & fidel.* idque argumento quaſi à conjugatis ducto. Sicuti enim à mœſto; mœſti, mœſtitia; læto, læti, lætitia: Ita à fidelis, fide, feudum deductum opinari licet; quæ definitio ſi recta ſit, ſequetur ab ea negativè argumentum, *uti in alluſionibus ſolet in pr. & ibi notant Dd. de teſtam. ordin. Nicol. Everhard. in Topic. in loc. ab Etymolog.* duci poſſe V. G. Fides non præſtatur. Ergò feudum non eſt: quam tamen ratiocinationem Feudiſta non admittit *in §. eſt & alia ingratitudo quæ fuit prima cauſ. beneſ. amitt.* Sunt quædam feuda ita data, *habet textus,* ut pro his fidelitas non ſit præſtanda. Idem dicitur

in c.unic.de fidelitat.& c.unic.§.final per quos fiat.investit. Ubi Hottom. id vitium feudoticum insigne nominat: Æquitas enim, *inquit ille*, postulat, ut pactum contra naturam contractus adhibitum aut nullius momenti sit. *l. cum precario 12. ff.de precar.* aut novum contractum efficiat *l.ubi autem 27.de mort.cauf.donat.* Quid autem contra clientelæ ac necessitudinis contrahendæ naturam magis est, quàm ut ne fides præstetur. Unde ei investitura facienda non est, qui fidelitatem facere recusat. *c. unic. §. nulla per quos invest. fiat.* & quilibet quantumvis invitus pacem jurare debet; aliàs tenore ejusdem non fruitur. *c.1.§ si quis hominum.de pac.tenend.* Et cum Vasallus domini liberalitatem provocaverit, indignus sanè ea fuerit si fidem præstare omiserit. *arg l.1. C. de revocand donat.* Verum *Hottomanni* illa argumentatio ex malo superiorum capitulorum intellectu profluxit: non enim in iis dicitur, feudum hoc modo concedi posse, ne fides præstetur, sed expreßè additur, ne fidelitatis jusjurandum præstetur, sicuti constat ex *d.c unic. §. final. ibi: ut sine juramento fidelitatis habeatur, per quos fiat invest. d.c.unic.§. 1.ibi: ut pro eo jusjurandum fidelitatis fieri debeat.* Quæ innuunt subsequentia verba similiter de juramento fidelitatis, non etiam fidei præstatione intelligenda esse. *in tit quæ fuit prim cauf.benef.amit.d.c.unic. de fidelit.* cujus contextus satis indicat, ibi non de fide, sed ejusdem juramento agi: quæ duo inter se multum differunt: prior enim pactio, ne fides præstatur, contra naturam & substantiam feudi est. *c.unic.de form fidel.Zaf part.1.n.2.de feud.* cujusmodi nullis pactis aut conventionibus immutari potest; invitaret quippè ad delinquendum & malitiis frena laxaret. Posterior autem, ne juramentum fidelitatis præstetur, non substantiam feudi concernit, sed saltem civili ratione adhiberi solet, ut scilicet firmius obligetur vasallus. Nam *ut Cic in offic ait*: Nullum est vinculum ad adstringendam jurejurando arctius, sine quo tamen dubium non est, quin probior fidem præstiturus sit, quoniam *ut ille ait*, Juramenta non fidem adferunt viro, sed vir juramentis; Et prudenter *Alexis*, Sapientem non oportere jurantibus, sed ipsis rebus semper habere fidem, dixit.

XXIII. Rei

XXIII.

Rei itidem ab eodem propoſita eſt. 2. F. 23. circ.fin.

Teſte *Afflict. in prælud. feudal. n. 69. ſequuntur Dd. communiter.* Verum à *Franciſc. Hottom.c.4.in diſp. Feudal.* pluribus improbatur: nec pro definitione ullo modo recipi poteſt aut verò debet, propterea quia definitio rem ipſam, non modos rei proponere debet, exempli gratia, pactum ſit tacitè, data cautione ſit etiam nominatim verbis expreſſis. *l. 2. de pact.* neque tamen hos modos definitioni pacti incluſit JCtus *in l. 1. de pact.* ſecus quam feudiſta definitionum alioquin inſolens arbitratur; & facit, quod ipſum animadvertens *Gverrin. Piſo in præl ud. Feudal. c. 10.* ingenuè fatetur, deſcriptionem verius, quam definitionem eſſe; potiusque quale ſit, quàm quod ſit feudum craſſiore modo exprimere: Et ideò ea omiſſa ad alias dilapſi ſunt Interpretes. Duar. *c. 2. de feud. in pr.* feudum ita definit, ut ſit res immobilis, quæ fidei vel obſequii gratia certo modo fruenda alicui conceditur. Verum in ea materia rei cum ipſa re confunditur: Res immobilis eſt materia feudi, & ut *Ulpian.* in uſufructu loqui ſolet, ſubſtantia. *l. 1. & 2. de uſufr.* de qua reſpondendum non eſt, quærentibus quid res ſit. Noviſſimè *poſt Cujac.* quidam definiunt *feudum.* quod *ſit uſusfructus quidam rei immobilis, ſub conditione fidei.* quæ definitio ſi ad regulas logicorum examinaretur, minus artificioſa eſt, cum propter adjectionem voculæ QUIDAM: generis enim proprium eſt ſub ambitu plures complecti ſpecies, ut ſupervacaneum ſit generi notam addere, per quam ejusdem latè patens natura oſtendatur, non ſecus, ac ſi quis dialecticam artem quandam benè diſſerendi diceret; qui enim eam artem nominat, eique Dialecticam ut ſpeciem ſupponit, cum à peritis ſatis intelligitur, artis vocabulum latius patere, nec dialecticæ ſolius finibus concludi: Tum etiam, quia genus ſemper ineſt ſuis ſpeciebus, quod de uſufructu dici nequit. Is enim de feudo non ſemper, nec ubique prædicatur, ut paulo poſt dicemus. Quapropter mihi placet feudum definire, *Jus alienis rebus, iisq; immobilibus fidei & obſequii gratia utendi fruendi.* Cujus definitionis membra ſi percurrere libet, eam quam rectiſſimè conſtitutam eſſe deprehendemus

demus. *Jus* generis loco ponitur, quod quin plurima complectatur, dubium non est, feudoq; constituto Jus Vasallo à Domino constitui notissimum. Additur *alienis rebus*; quia feudi natura hæc quasi propria est, ut ejusdem proprietas penes concedentem maneat; Ususfructus verò in accipientem transeat. *d. c. 1. §. final. in quib. caus. feud. amitt.* Ususfructus verò servitus est. *l. 1. de usufr.* Servire autem dicuntur res alienæ, non propriæ. *l. uti frui. 5. ff. si usufr. pet.* nec enim rebus propriis utimur fruimur jure alicujus servitutis, sed dominii. Additur: *iisq; immobilibus.* Nam *uti obert. de Orto loquitur*, feudum non nisi in rebus soli, aut solo cohærentibus, aut in iis, quæ inter immobilia connumerantur (veluti cum de Camera aut Canena datur) consistere potest. *c. 1. §. final. de feud. cognit.* ratio est, quoniam feudum jure regulari in perpetuum conceditur. *c. 1. §. cum verò Corradus de his qui feud. dar. poss.* rerum autem mobilium non perpetua, sed usu peritura est substantia. *§. constituitur Instit. de usufr.* In solis ergò immobilibus feudum erit. Subjeci: *fidei & obsequii gratia*: quibus verbis forma feudi exprimitur, & tam personam domini, quam vasalli respicit, non tamen uno eodemque modo: utrumque quidem domino Vasallus debet; at Vasallo si dominus fidem præstiterit, obsequii omnis cessat ratio. *c. 1. §. final. de form. fidel. c. domino committente. Si de feud. vasall. ab aliq. interp. fuer.* Denique addidi: *utendi fruendi*: quod minus dubii habet, si, quod Feudista dicit, usumfructum in Vasallum transire, consideraverimus. *d. c. 1. §. fin. in quib. caus. feud. amitt.* Is autem nihil aliud est, quàm Jus utendi fruendi. *l. 1. de usufr.* quod tamen in persona Vasalli plenius, quàm simplicis usufructuarii accipimus. *Zas. 1. consil. 12. n. 29. Vigel. c. 2. q. 3. reg. 6.* Idque multiplici respectu: nam usus fructus vita usufructuarii circumscribitur. *§. finitur. Instit. de usufr.* Feudum ad hæredes masculos descendit jugiter. *c. 1. §. final in quib. feud. amitt.* Ususfructus intuitu non potest usufructarius servitutem feudo usufructuario debitam vindicare. *l. 1. ff. si usufr. pet.* Vasallus servitutem feudo competentem rectè petit. *c. 1. §. rei autem de invest. de re alien fact.* Usufructuarius se usurum re usufructuaria arbitratu boni viri cavet. *l. 1. §. 6. ff. usufr. quemadm. cav.* Vasallus præter fidem nihil domino præstat. *c. unic. de form. fidel.* Usufructuarius maturos, non tamen à solo separatos fructus ad

hære-

hæredem haud transmittit *l. 12. §. si fur. l. 58. ff. de usufr. §. is vero. Instit. de R. D.* Vasallus morte præventus utique, *juxta c. 1. §. his consequenter. Sic finitur lex.* Ususfructuarius si rem in usumfructum datam alienaverit, non nisi commoditatem percipiendorum fructuum transtulisse dicitur. *l. 38. & 39. ff. de usufr.* Vasallus feudo licitè alienato, & cum facultate percipiendorum fructuum ipsam remtransfert. *Zas de consil. 12. n. 29. lib. 1.* Ususfructus rerum etiam mobilium est. *§. constituitur. Inst. de usufruct.* feudum verò saltem immobilium. *d. c. unic. §. final. de feud. cognit.* Ususfructus aliis modis, quam feudum finitur & amittitur, *ut videre licet in tit. ff. quib. mod. usufr. amitt. & tit. quæ fuit prim. caus. benef. amitt.* præstat & servitia pro feudo vasallus. *c. unic. de form. fidel.* pro usufructu non etiam fructuarius.

XXIV.

Ex quo haud concinnè Schrad. & alios *feudum contractum definire liquet.*

Schrad. *p. 2. c. 2. n. 1.* Curt. *2. pr. n. 52.* Duar *c. 2. de feud.* communiter contractum esse nostri testantur. Clar. *in § feudum. q. 6.* Laurent, Sylvan. *q. 2.*

XXV.

Ut enim servitus personalis, sive realis à contractu, quo ea inducitur, multum distat. §. final. Inst. de servit. *Sic & feudum à contractu feudali discrepet plurimum necesse est: Illud enim jus est ex benevolentia redundans, quod per contractum constituitur.* 2. F. 1. in f. & 23. in fin.

XXVI.

Contractus insuper feudalis solo consensu perficitur: Feudum verò constituitur investitura,

ſtitura, traditione, ſacramento, idq́ coràm paribus curiæ.

XXVII.

Quin ſi feuda regalia ſint, quæ à Principibus conferuntur, non contractus, ſed pactiones publicæ appellantur. l. 5. de pact. *ſi feuda inferiora, multò minus; quia contractus de re privata & familiari, & quæ in commercio eſt, fiunt.* l. 7. §. ſi paciſcar. de pact. l. 83. §. ſacram. de V. O. *Feudum autem clientela eſt, potiſſimum ad caput & ſalutem ſenioris, vel utriusque potius inſtituta, quæ conventio in eorum negociorum numerum, quæ contractus appellantur, non cadit.*

Addit Hottom. *obſerv. lib. 6. claſſ. 7.* duo inſuper argumenta. 1. quia contractus lucri & negociationis cauſa fiunt. *l. actionum. 25. §. 1. de O. & A.* à quo feudi natura abhorret, quia feudum propriè non eſt, niſi beneficium ſit, & à liberalitate proficiſcatur. *1. F. 27.* quod enim pecunia emitur, improprium eſt. *2. F. 24.* 2. quia contractus ab initio ſunt voluntatis, poſteà verò neceſſitatis. *l. ſicut. 5. C. de O. & A.* At feudum refutari, id eſt, remitti & reſtitui ſeniori, quoties ei commodum eſt, etiam invito poteſt. *2. F. 38.*

XXVIII.

Feudum ergò contractus non eſt, ſed jus, quod per contractum conſtituitur, dum ſcilicet dominus id per inveſtituram cedit, quæ

ceſſio

cessio datio est ea lege, ut qui accipit, fidem & obsequium danti semper exhibeat.

XXIX.

Quæri solet; an contractus feudalis, per quem feudum constituitur, sit bonæ fidei vel stricti juris?

XXX.

Communiter stricti juris esse volunt.

Rationes hæ sunt. 1. quia actionem, quæ stricti juris est, parit: nihil autem tam naturale est, quam unumquodque simile generet. *arg. l. 1. §. jus naturale. de just. & Jur. l. non sunt. de stat. hom.* & causatum debet sapere naturam suæ causæ. 2. Pactum non extenditur de persona ad personam, vel de re ad rem. *l. si unus. § ante omnia de pact.* Consuetudo autem est tacita conventio *l. 32. de ll.* 3. quia *in §. act. actionum. Inst. de act.* non refertur, ubi omnes bonæ fidei contractus recensentur. 4. quia introductus est ad consuetudinem, quæ stricti juris est. *l. 3. §. 6. ubi. Dd. de negot. gest. Mozz. in pr. jur. feud. n. 21. Zas. p. 1. n. 6. Soaret. in thesaur. recept sent. lit. F. n. 53. Wesemb. cons. 4. n. 168.*

XXXI.

Pauciores bonæ fidei esse censentur.

Rationes sunt. 1. quia à notatione non improbatus est arguendi modus. *Nicol. Everh. in loc. ab Etymol* Feudi autem notatio à nobis à fide deducta est. *supr. th. 22.* quæ & intrinseca feudi pars est, ita ut ex ea feudum descendat non secus ac ex spiritu vitali homo. 2. quia feudum est beneficium. *2. F. 23. in f.* beneficia autem latè interpretari debent. *l. final. de constit. Princip.* 3 in contractibus bonæ fidei veniunt usuræ à tempore moræ in strictis non nisi ex stipulatione. *l. 3. C. de usur. l. Titius. de præscr. verb. l. mora §. in bonaf. de usur.* In contractu autem feudali usuræ veniunt à tempore moræ *2. F. in f* 4. quod omninò dicendum est, si Princeps alicui feudum dederit, *ratione d. l. final de constit. Princip.* 5. In contractu emptionis evictionis nomine ob-

ligatus est venditor, licet de ea nihil dictum sit. *l. exemto §. 2. de act. empt.* Idque quia natura contractus bonæ fidei h[illegible]c exigit. *d. l. exempto in princ.* Idem quoque est in feudo *2. F. 8. in pr.* Ergò.

XXXII.

Quanquam ingenii acuendi gratia utraq; sententia non incommodè defendi posset, communis tamen tenenda.

XXXIII.

An nominatus? (a) *communiter id volunt*, teste Curtio. *An innominatus?* (b) *quod voluit sibi contrarius Baldus.*

(*a*) Rationes sunt. 1. à consuetudine habet nomen & formam: de nomine constat; forma autem consistit circa juramentum fidelitatis, & circa investituram. *Curt. p. 1. q. 9. n. 4. de feud.* 2. quia inventus post l. 12. tab. sub titulo proprii nominis, sub singularibus consuetudinibus & naturis, quas alius contractus nullus habet. *Bald. in c. quæ in Ecclesia. extr. de constit.* 3. quia si dominus abusivam investituram faciat, ad tradendum cogi potest, adeò ut nec præstatione ejus, quod interest, liberetur. *1. F. 14. in pr. 2. F. 26. §. sic facta. & 2. F. 7. §. final.* quod secus est in contractu innominato, in quo licitum est pœnitere. *l. 5. §. 1. de præscript. verb. l. 4. C. de rer. permut. Sylv. q. 3. de recognit. feudi.*

(*b*) Rationes sunt. 1. quia *secundum Bald. in l. final. C. quand. lic. ab empt. reced.* contractus nominatur non solum à nomine contractus, sed etiam à nomine actionis, quæ ex eo oritur: si etenim producat actionem, quæ nomen sumat ab ipso contractu, erit contractus nominatus, sed ex contractu feudi non oritur hæc actio, sed condictio ex moribus. Ergò. 2. quia hoc est præcipuum contractuum nominatorum, ut in eis locum habeat pœnitentia. *l. 5. §. 1. de condict. caus. dat. caus. non secut.* quod sanè contingit in contractu feudali ex parte Vasalli, cùm is feudo renunciare possit. *c. 1. de Vasall. qui contr. const. Lothar.* quibus tamen non obstantibus communem sequor.

XXXIV. *Ha-*

XXXIV.

Habet autem hic contractus uti & alii sua cum substantialia, tùm naturalia. Substantialia sunt, ex quibus natus est; & sine quibus esse non potest. Naturæ verò proprietates ei jure communi insitæ, dicuntur.

XXXV.

Illa mutari non possunt: hæc verò pactis contrahentium mutationi sunt obnoxia.

Zas. p. 1. n. fin. de feud.

XXXVI.

Sunt autem, quæ ad substantialia pertinent hæc, 1. Ut feudum promittatur in re immobili vel æquipollente. c. unic. vers. sciendum. de feud. cognit. *2. Ut pro feudo fides præstetur.* Schrad. p. 2. c. 2. n. 25. *addit. 3.* Zas. d. p. 1. n. 8. *Ut dominus feudi proprietatem rei feudalis penes se retineat, & ususfructus in vasallum transeat.*

Quos sequitur *Vultei. lib. 1. c. 8. n. 40. de feud.* Fuitque hæc opinio *Baldi in prælud. feud. n. 19.* Et in facti contingentia consuluit *Olradus consil. 159.* existimantes, si aliter constituatur, non feudum, sed contractum innominatum constitui, quia feudum est ususfructus: is autem non potest esse, nisi in re aliena. *l. 1. de usufruct.* Addunt, quod definitio qudditatem, reique naturam exprimit. *l. 1. §. dolum ff. de dol. mal.* Definitio autem feudi rei alienæ mentionem facit; quapropter proprietas transferri non potest, siquidem ea translata, non amplius res aliena, sed propria di-

citur, facta scilicet proprietatis & usfsfructus consolidatione. §. *final. Inst. de usufr.* Horum tamen opinio vera non videtur, eamque manifestè falsam dixit *Schrader. p. 2. c. 2. n. 29. de feud.* propterea quod actus dubii, quorum natura est eadem & promiscua, cognoscuntur ex signis; sic testamenta à codicillis, licet maximam inter se conjunctionem habeant, per signa scilicet institutionem vel exhæredationem distinguuntur. *l. non codicillum. C. de testam. l. illud. §. tractari. ff. de jur. Codicill.* Sic donatio inter vivos discernitur à donatione mortis causa per signa. *l. Seja. 42. ff. de donat. caus. mort.* Contractus Emphyteuticus dignoscitur à contractu emptionis ex signis. §. *adeò. Institut. de locat.* sed signa denotantia feuda sunt hæc: Investitura. *c. 1. quid praeced. deb. an invest. vel fidel.* retentio servitii personalis, fidei præstatio, quæ omnia interveniunt, etsi proprietas transeat: Et consequenter concessio hæc nihilominus dicitur feudum. *arg. l. item apud Labeonem. §. si quis virginem. ff. de injur. Paul. de Mont. Pico. in proœm. feudor. num. 83.* Deinde, Vasallus potest alteri rem etiam sine consensu domini in feudum dare. *c. 1. §. 1. & ibid. Dd. per quos fiat invest.* atque hoc casu Vasallus respectu sui Vasalli dominus feudi dicitur. *c. 1. §. illud. quoque de prohib. feud. alienat. per Frider.* quo casu dici non potest, vasallum directum dominium rei feudalis retinere, & tamen extra controversiam est, hoc feudum alteri in feudum concessum, & nomen & naturam feudi retinere. *c. 1. de feud. non habent. propt. natur. Schrader. d. loc. n. 30.* Tertiò, voluntas & mens contrahentium dat legem contractui. *l. contractus. ff. de R. J.* Ex contrahentium autem mente constare volumus, feudum esse. Ergò. Quartò, quando feudum in uno aliquo capite alteratur, in capite alterato propriam feudi naturam amittit; in aliis verò capitibus non alteratis feudi naturam servat, & regulatur secundum omnes leges & consuetudines feudi. *c. unic. de feud. non habent. propt. feud. natur.* quapropter licet feudum in casu nostro sit in eo alteratum, quod proprietas transeat, non tamen in aliis capitibus & feudi notis mutatum censeri debet: dispositio enim limitata limitatum producit effectum. *l. in agris. & notant ibid. Dd. de acquir. rer. dom.* Denique id manifestè satis comprobat *c. 1. de feud. non hab. prop. natur. feud.* si quis ea lege, *inquit textus*, alicui feudum dederit, ut ipse & sui hæredes, & cui ipse dederit, habe-

ant.

ant, Respōdeo, iste qui sic accipit, poterit id vendere, vel donare, vel aliter, si sibi placuerit etiam sine voluntate domini alienare; concessum in casu hujus textus dominium cum usufructu omni ex eo liquet, quod liberrimam feudi alienandi potestatem habeat Vasallus, quo id consequitur, ut ne quidem minimam fidei obsequiique particulam ejus intuitu præstet, sed pro suo, proque allodio possidebit & tamen jure feudi censeri, donec apud Vasallum priorem est, *disertè inquit textus*, ita ut ex his causis ipsum amittat, ex quibus vetum feudum amitti solet. Non obstat argumentum *Vultej*. Nam uti ex iis, quæ paulò antè diximus, constat feudum regulariter in re aliena consistit, estque id de natura ejusdem, an verò eadem mutari possit, id non ex jure regulari, sed contra id ex pactis contrahentium arcescendum est: quibus quo minus id concedatur, nulla impedit ratio, siquidem *uti & ipse Bald in proœm. feudor. n. 19. fatetur*, ideò proprietas à dominis solet retineri, ut magis timeantur à Vasallis, quod cum solius domini favorem concernat, ei rectè renunciat. *l. final. C. de pact.* Idque tantò dicendum magis, quia in vicem quasi proprietatis, fidei, serviriorumque præstationem habet, quæ eam superare facilè possunt: horumque intuitu necdum res propria Vasalli dici omninò potest, sed quasi sub conditione fidei servitiorumque ei cessa reputatur, quæ cum semper pendeat, nec expirare possit, proprietatis particeps dominus creditur ad instar Vasalli feudum summalii concedentis *c. 1. §. illud quoq; tit. de prohibit. feud. alien per Frider.* qui etsi dominium nullum habuit, fidei tandem & servitiorum respectu id habere creditur. Quibus benè attentis secundo argumento facilè responderi potest, proprietatem sc. hoc in casu retineri, non quidem verè, sed propter fidem & servitia, fictè.

XXXVII.

Addit quoq; Forcat. c. 2. n. 6. de feud. *de substantia feudi esse, ut perpetuo feudum in Vasallum transeat.*

Quamvis enim primitus feuda ad nutum domini finem caperent. *c. unic. §. & quia. de his qui feud. dar. poss.* tamen hodiè

id mutatum videtur. *d. c. unic.* § *hoc sciendum.* Nec mirum est, *inquit Forcat.* longè post aliquem contractum introductum suboriri novam ejusdem substantiam: sicut patet in emptione & venditione substantiam in pretio nummario habente; olim verò sortis erat pretium dari in rebus ponderis, numeri & mensuræ. *l. 1. de contrab. empt l penult. C. de rer. permut.* Verum hæc *Forcatuli* opinio vera non est: si enim perpetuitas de feudi substantia est, omne feudum perpetuum erit: siquidem substantia rei citra ejusdem corruptionem abesse nequit, & substantialia actus non sunt in contrahentium potestate. *l pacta conventa. ff. de contrab empt. Molin ad reg. 23. n. 392. in Regul. Camill. Roman.* Feudum autem omne perpetuum non est, sicuti id *constat ex tit. de feud. Guard. & Castald.* Est enim feudum Gvardiæ, uti & Castaldiæ, & tamen transacto anno omne auferri potest, *inquit Feudista d. loc.* Sic Feudum Cameræ vel Cavenæ feudum est, & tamen morte dantis, vel accipientis interveniente finitur, ait Feudista. *in c unic. in fin. quis dicat, dux, March. &c. Camera fol. 162.* Non obstat argumentum Forcatuli, quia eo ipso fatetur, feudum olim fuisse feudum, nec tamen perpetuum. Non ergò de substantia ejusdem perpetuitas est, quia uti jam diximus, substantialia non mutantur; nec allatum argumentum ab emptione ipsum confirmat, quia emptio illa temporibus priscis emptio non fuit, sed permutatio, à qua nummorum datione jam differt emptio, & constituta est.

XXXVIII.

Sic quoq; affirmant nonnulli essentiale sive substantiale esse, ut Vasallus domino pro feudo servitia præstet.

Propterea quod *Obert. de Orto* in sua feudi descriptione servitia exposcat. *c. unic.* §. *fin. in quib. caus. feud. amitt.* sicuti videre est *apud Mozz. in tit. de substantial. seu requis. feud. n. 22.* Verùm communiore nostrorum voto rejiciuntur. *Schrader. p. 2. c. 2. n. 32. de feud.* ratioque viva ipsis obstat, nec enim unquam pactis rei essentia permanente se, mutari potest. *l. cum precario 12. ff. de precar. l. ubi autem. 27. ff. de mort. caus. donat.* pacto verò contrahen-

hentium pro feudo, ne præstentur servitia, recipi potest: cujusmodi genus feudum francum seu liberum, scilicet ab omni serviciorum præstatione, dicitur *Zas. p. ult. n. 36. Bertholil. c. 4. n. 20. de feud.* Atque id verum est, & non nisi expressa conventione feudum francum constituitur. Quapropter licet dominus concedat feudum, nulla servitiorum expressa mentione facta, servitia nihilominus præstari debent: Est enim naturale feudi, ut pro eo servitia præstentur. *c. unic. §. final in quib. caus. feud amitt.* Quæ autem rei naturaliter insunt, tacitè veniunt, licet non exprimantur, sicuti argumento evictionis constat, de qua cum ex natura emptionis & venditionis teneatur venditor, non opus est, ut eam stipuletur aut exprimat emptor. *l. non dubitatur. C. de Evict. l. empto. 11. ff. de act. empt.* quinimò servitia in feudi concessione ejusdemque acquisitione principaliter attenduntur, & ideò, qui ad serviendum inhabilis est, feudum obtinere non potest. *c. unic. an mut. vel alius imperf. Prapos. in c. unic. In quib caus. feud. amitt.*

XXXIX.

Manet itaque, quod communiter volunt, duo saltem feudi, quæq; jam relata sunt, essentialia esse, cætera naturalium in classem redigi.

Qualia sunt, ut feudum gratis concedatur, ut dominus proprietatem retineat, ut servitia præstet vasallus, ut feudum transeat ad omnes descendentes illius, qui feudum primo acquisivit, ut fœminæ in feudis non succedant, ut feudum vasallus domino irrequisito non alienet, quæ omnia colligi possunt. *ex c. unic. §. final. ex quib caus. feud. c. unic. vers. cum verò Corradus. de his qui feud. dar. poss. c. un. § fin. de success. feud.*

XL.

A quibus si pacto conventionevè recessum sit, dignoscimus protinus à feudo proprio re-

recedi, & id quod improprium dicimus, constitui.

Cujus rei cognoscendæ causa tenor investituræ primo omnium inspiciendus erit, utpotè ex qua formam legemque suam feudum recipere dicitur. *c. 1. de duob. fratr. à Cap. invest.* ubi *Bald.* inquit, nota egregium textum, quod tenor investituræ deroget omni feudorum naturæ, modo tamen non sit contra ipsam substantiam contractus; quod etiam probatur *c. 1. vers. præterea quid sit investit. c. 1. §. fin. de feud. March.* Et dicit *Martinus Laudens. in c. 1. de his qui feud. dar. poss.* quod ista est una maxima in feudis, quod primò investituræ tenor inspiciendus sit, quia derogat omni juri feudorum, & notat idem *Bald. in l. quoties. C. de suis & legit. hæred.* quod in feudis soleat regulariter attendi tenor investituræ, nec non vim & sensum verborum intuendum esse, & quod in feudis qualitas verborum inspici debeat, quia formalia contractus sunt verba, & forma dat esse rei. Sequitur *Jason. in præl. feudor. Curt. Jun. part. 1. q. 6. de feud. Petr. Gregor. p. 3. q. 1. n. 4. de concess. feudi.*

XLI.

Dummodò autem pactum illud tale sit, quod vel jure aut bonis moribus non improbatur. Quapropter si inter dominum & vasallum convenerit, ut ob feloniam feudum non revocetur, pactum non valet.

Quia ipsam substantiam feudi impugnat. Est enim, *uti paulò ante dictum*, fides de substantia feudi; quam omninò tolleret conventio hæc: siquidem per eam Vasallus ad delinquendum provocaretur, *contra l. illud convenire. ff. de pact. dotal.* putant tamen pactum valere, si inter eosdem dictum fuit, ut vasallus feloniam commissam certa pecuniæ summa emendet. *Alvarott. in c. unic. §. fin. tit. quid sit invest. Jacobin. de S. Gregor. vers. qui quidem investiri. n. 72. de feud.* quia metu pœnæ pecuniariæ à delinquendo avocabitur, & sufficit puniri Vasallum, nec impune ferre,

re, si delinquat, licet pœnæ qualitas juri non congruat. Eam enim lex in favorem domini expressit; qui & ideò ei in aliam convertendo tanquam favori suo renunciare potest. *l. penult. C. de pact.*

XLII.

Ejusdem conditionis sunt omnia illa pacta, quæ regulam illam JCti, scilicet, quæ pietatem, existimationem & verecundiam Vasalli lædunt, incurrunt.

Quæ extat *in l. filius l. quidam in pr. ff. de condit. inst. Petr. Gregor. d. q. 1. n. 16.* Et ideò nec pactum valet, si Vasallus Titium interfecerit, aut fratrem suum ab hoste non redemerit, & similia. *de quibus in l. si stipulator. l. stipulatio hoc modo. l. generaliter ff. de V. O.*

XLIII.

Quibus casibus an pacto non attento subsistat contractus feudalis nec ne? dubium est.

Nam non valere, videtur ratio JCti suadere *in l. non solum. ff. de O & A.* quia in ea re, *inquit*, quæ ex duorum pluriumvè consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis est cogitatio, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem, scilicet jure aut natura. Nam jus eam conditionem impossibilem esse statuit, quam lex aut boni mores improbant *l. non dubium. C. de ll. l. si unus §. pact. ff. de pact. l. nec ex Pretorio. ff. de R. J.* Verum pacto remoto subsistere contractum suadet. quod in pari causa turpitudinis melior sit conditio possidentis. *l. 2. 3. 4. ff. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod.* Et quod in contractibus ea sit accipienda interpretatio, ut potius valeant, quam pereant. *l. quoties. ff. de V. O. l. ubi. ff. de reb. dub.* Distinctione res explicari potest: vel res promissa in feudum nondum tradita est, & contractus non valuit *d. l. non solum.* vel cum promissione rei subsecuta est traditio, & corruente pacto feudum erit, & juxta naturam feudorum regulatur. *d. l. 2. 3. & 4.* Addit & post Ardizonem *Jacobinus de pact. d. l. n. 69.* quod eo casu Vasallus loco pacti illiciti ad aliquod licitum teneri debeat, ne aliàs votum ipsius lucro contra intentionem domini cedat. *arg. l. legatum. de usufr. legat.*

DISPUTATIO SECUNDA. DE Feudi Divisionibus,

RESPONDENTE

JOHANNE FALCONE AUGUSTANO.

THESIS I.

Explicata feudi definitione variæ ejusdem divisiones percurrendæ erunt, quarum etsi pleræq; usu potius, quam speciebus inter se dissidentibus natæ sint; operam tamen explicatio earundem requirit sedulam, siquidem sine iis nec Interpretes, nec jus FEUDALE, *quod divisionibus suis illi adaptarunt, intelligi satis commodè potest.*

II.

Summa autem divisio in duo diducitur genera: aut enim feudum proprium; aut improprium dicitur.

Quæ

Quæ ideò summa à nobis perhibetur, quod supra se aliam magis aptam reliquas complectentem non habeat, nec enim feudum ullum dabitur, quod non ad alterutrum horum aptè referri possit. *Mozz. de divis. feudor. n. 35. Schrad. p. 2. c. 3. in pr. de feud. Guerrin. Piso. c. 40. de feud.* Unde *Curt. Jun. in tract. feudal. p. 1. q. 8. in pr.* ait: hanc divisionem continere specificam differentiam; reliquas potius esse diversa nomina feudorum, secundum subjectam materiam, vel ab aliquo eventu introducta, quam separatas distinctasque species.

III.

Proprium feudum est, quod propriam habet feudi naturam.

Vel *ut Feudista loquitur*, communem feudi rationem *in c. 1. §. praeterea. quid sit investitur.* quam describit Obert. de Ortho *in c. 1. §. final. in quib. caus. feud. amit.* & nos fusius superiore disputatione in explicatione naturalium feudorum deduximus.

IV.

A quibus si pacto contrahentium in aliquo recedatur, jam improprium feudum esse incipit, quod quia pro modo naturalium variè fieri potest, ideò ut tanto rectius species improprii feudi in promptu habeamus, de nonnullis videbimus.

V.

Dictum est, de natura feudi esse, ut gratis concedatur; quo circa si pecunia interveniente feudum vasallus comparaverit, improprium erit.

Circa quod tamen, quia dupliciter impugnatur, paulisper subsistendum erit; Sunt enim, qui omninò feudum emi non pos-

se contendunt. *Jacob. de Bellvis.* & *Nicol. de Nap.* teste *Guerrin. Soat. Piso.c.17.n. 2. de feud. Intrigiol. q. 41.n. 2. de feudis.* qui moventur eo, quod definitio Oberti *in c. unic. vers. inprimis. in quib. caus. feud. amitt.* emptitio feudo non competat. Verum illorum sententia communi Doctorum sententia refellitur; quia, *uti jam diximus*, de natura feudi est, ut gratis concedatur: naturalia autem manentibus feudi substantialibus mutari conventione possunt: Quin addi & illud potest: non sequitur, ex benevolentia feudum datur; ergò gratis dari debet, nam & beneficium est, licet non sit gratuitum. *l. Titius puerum ff. de obseq. parent. & patr. præstand.* quod etiam exemplo depositi & commodati demonstrari potest, quorum natura etsi gratuita sit, non tamen custodire pretium respuit. *l. 2. §. si in re deposita. de vi. bon. rapt.* Deinde textus sunt expressi *in c. unic. vel nisi emerint feudum. tit. de natur. feud. c. unic. de feud. dat. junior. nul.* Sunt per contrarium alii, qui non solum feudum emi, verum etiam communem feudi naturam servare existimant, quorum antesignanus est *Sonsbeck p. 2. n. 8. de feud.* atque istud ut probat, præsupponit primò, nusquam in juribus feudalibus probari, feudum gratuitum esse debere, nisi jam relatis textibus quibus addi debet. *c. unic. §. beneficium. in quib. caus. feud. amit.* Verum si quis rectè introspiciat textus illos, *inquit*, remque ipsam penitius perpendat, inveniet facilè, textibus illis nusquam id probari, sed potius contrarium: nam ut ordiamur à descriptione beneficii *d. c. unic. §. beneficium.* qua putant istud probari, nihil aliud illa vult, quam ut beneficii actio gaudium tribuat accipienti; non tamen indè rectè colliges, beneficium debere esse gratuitum, sed sufficit saltem, si concessio sit talis, quæ gaudium præstet accipienti, & ex animo benevolo procedat Si ergò vendo tibi feudum 100. quod mille valet, nonnè jam satisfacio definitioni beneficii, posito, quod ex benevolentia facio, accipientique gaudium præstat: Est enim beneficium, quicquid veræ æstimationi rei excedit; ut ergò beneficium genus, non requirit plenam gratuitatem, ita neque species feudum scilicet. Non etiam obstat, *subjicit d. c. unic, de feud. dat. in vic. leg. commiss.* quod habet, feudum non prætextu pecuniæ, sed amore & honore domini acquirendum esse, quia suo in casu intelligi debebit, feudum omninò ex benevolentia domini fieri debere,

alias

aliàs feudum esse non posse, non etiam ut gratis dari debeat, & ideò si creditor dicto in casu mille debitori super pignore addere vellet, etiam supra justum pretium, ut in feudum teneat, ex tali tamen pacto, non ut feudum acquireret, nec possideret, quamvis pactum illud legis commissoriæ super pignore admitteretur, imò si justo pretio addiceretur. *l. si feudum. 16. §. final. de pignor. & hypoth.* & ratio est, quia ex amore & honore domini feudum est acquirendum. *d. c. unic. de feud. dat. in vic. leg. commiss.* nunc si ex pacto deberet servare, & in feudum illum relinquere, cum statuto tempore ex necessitate solvere non potuit, jam non volens daret, & ita non ex benevolentia, quod feudum requirit: Rectè ergò textus, *inquit*, feudum non sub prætextu pecuniæ, sed amore domini acquirendum, quasi diceret, pecunia non facit feudum, sed benevolentia domini cum gaudio accipientis, non quod feudum pecunia emi non possit; nam contrarium probant superiora capitula. Hactenus *Sonsbecius*: quæ tamen viri docti opinio, uti contra communem est, ita & veritatem ipsam incurrit, siquidem si, *quod ipse vult*, proprium feudum dicatur, sequitur evidenter citra conventionem id inesse feudo, ut pro eo pecunia præstetur, quoniam, *uti ex superioribus constat*, feudum proprium à nobis dicitur quod propriam feudi naturam habet. *c. 1. § præterea quid sit investitur.* at nunquam quis dixerit pretium nisi ex conventione & pacto pro feudo dari: Et consequenter feudum proprium dici non poterit. Deinde Feudista vult, ut dominus prona & spontanea voluntate feudum concedat. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* atque ita causam feudi concedendi impulsivam in sola domini voluntate prona, spontaneaque constituit, quæ si pecunia provocetur, jam non spontanea, sed propter pretium ita comparata dici debet, cum quia principum ex pecuniæ datione profluit, quod inspiciendum est, *l. 8. ff. mandat.* cum quia, qualis est contractus in prima sui figura, talis in sui essentia præsumitur. *l. cum precibus. C. de probat. Bald. in c. unic. n. 1. de feud. dat. in vic. leg. commiss.* atque hanc secundi argumenti vim pressius confirmat *d. c. unic. de feud. dat. in vic. leg. commiss.* in cujus specie ideò reprobatur pactum legis commissoriæ in feudis quoniam non spontè, sed coactè, si statuto tempore pecuniam non solveret debitor creditori rem oppignoratam pro feudo re-

linqueret, quod est contra naturam feudi, quæ vult, *ut Feudista subjicit*, non sub prætextu, id est, occasione pecuniæ, sed amore & honore domini feudum acquirendum esse, apertũ scilicet innuens, quod intentio domini & vasalli non ad pecuniam sed benevolentiam principaliter directa esse debeat, cujus contrarium cum accidat in pacto legis commissoriæ, nil mirum, ut id improbetur; quamvis *Franc. Hottoman. in d. c. unic. de feud. dat. in vic. leg. commiss.* id vitium feudisticum appellare non vereatur: nam cui licet, *inquit*, feudum penè in allodio suo vel liberaliter donare, vel purè ac præsenti pecunia dare, quidni etiam commissoria lege alienare licebit? quæ ratio *Hottomanni* instantia data everti potest; si enim procederet, jam & pactum legis commissoriæ in pignoribus reciperetur, siquidem & pignori res data vendi & donari potest, cujus tamen contrarium Constantini constitutione receptum scimus. *l. final. C. de pact. pig. & commiss. leg. in pignor. rescind.* Nihil urget *pro Hottomanno*, quod allegat *c. unic. vers. similiter si de investit. feud. controv. fuer.* sed verbis disertis aliud feudum, aliud pignus esse dicit, quamvis nihil obstet, quo minus res pignori data, postmodum redempta, in feudum detur, sicut id innuit *d. §. similiter. & c. unic. de pignor. feud. dat. quid jur.* cessat quippè nunc ratio necessitatis, & sponte & liberè incipit concedere, qui rem suam redemit. Quo explicato *Sonsbechio* respondendum erit, cujus disputationis summa eò redit, ideò feudum emptitium scilicet proprium censeri, quia nusquam in libris feudalibus scriptum est, feudum debere esse gratuitum, compluribus autem demonstratur, feudum emi posse. Verum argumentationis istius pars prior labefactatur satis ex illis, quæ pro confirmatione sententiæ nostræ disputata sunt; posterior pars nihil, quod contra nos & sententiam nostram facit, habet, siquidem à nobis non negatur, feudum emi posse: id enim clare satis superioribus textibus. *d. c. unic. c. 1. de natur. feud. c. unic. de feudis dat. minim. val.* probatur, ut alia confirmatione non egeat. Verùm an feudum emptum proprium impropriumvè dici debeat? id & in controversiam rapitur, & ex alio fundamento arcessendum erit: *Sonsbechius* ut partem priorem confirmet, &, quæ nos pro ejusdem infirmatione addximus, labefactet, existimat & beneficium dici posse non gratuitum quod vult JCtus *in l. 3. de obseq. parent.*

parent. & patr. præst. Quapropter si tibi feudum vendo 100. quod mille valet, beneficium existimat & feudum constitui vult, atque hoc modo satisfieri descriptioni feudi. *in d. c. unic. §. beneficium. in quib. caus. feud. amitt.* quam in sententiæ nostræ confirmationem proposuimus. Verum si, [quod res est, dicere libet, beneficium omne gratuitum esse debet: nam *ut dicit Aristotel. libr. 9. Ethic. 1.* beneficii æstimatio non dantis, sed accipientis est; æstimatio autem non aliundè facienda est, quam ex utilitate accipientis, sicuti idem monet *lib. 8. Eth. c. 13.* quapropter si dantis aliqua exindè eluceat utilitas, beneficii nomen amittit, quod verum est propriè accepto beneficii vocabulo, sicuti & accipit *Seneca. 1. de benefic. cap. 6.* cujus definitionem & authoritatem in jus feudale retulit *Obert. de Ortho. c. unic. in quib. caus. feud. amit.* eique adaptari feudi concessio debet, ut merè sit gratuita, modo propriam ejusdem naturam asservare debeat, sicuti id non obscurè *Obert. de Orth.* argumento à genere ad speciem ducto confirmat. *in d. c. unic. §. final. in quib. caus. feud. amitt.* Ut enim beneficium propriè est, quod prona & spontanea voluntate offertur, sic ejusdem beneficii species, feudum scilicet, ita concedi debet, ut benevolentia, & non pretio tributum intelligatur; hæc enim beneficii inter duos lex esse debet, *inquit Seneca de benefic. lib. 2.* ut unus statim obliviscatur dati, alter accepti nunquam; qui dedit beneficium, taceat; narret, qui accepit: & idem *lib. 4.* demus beneficia, non fœneremur; dignus est decipi, qui de recipiendo cogitavit, quàm daret. Verum cum interdum dominus feudum non sponte, sed pretio illectus Vasallo concedit, isque in magni beneficii vicem accipit, vel affectione opportunitatis vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic sit educatus, vel parentes sepulti. *l. 1. §. sed si rem. ff. si quid in fraud. patr.* vel quod majorum ejus fuerit *l. si in emptionem. ff. de minor.* aut etiam, quod pretio minore emerit, etenim etsi dominus non gratuitum beneficium dedit, tamen præstitit, ut in non dissimili specie loquitur JCtus *in l. Titius ff. de obseq. à lib. & libert. præst.* Idque minus propriè beneficium dici vel *ex d. l.* constat, sicque consequenter & minus propriè feudum dici poterit, quod pecunia emitur. *Sonsbecch.* pergit & quod *c. unic. de feud. dat. in vic. leg. commiss.* in Communis sententiæ probationem adferri solet, sic interpretatur, ut credat

saltem

ſaltem rationem ejusdem in propoſito caſu legis commiſſoriæ procedere: cum enim dominus neceſſitate quadam feudum creditori ſuo, cum ſolvere ſtatuto die non poteſt, relinquere cogitur, rectiſſimè cenſet dici poſſe non ſub prætextu pecuniæ, ſed amore domini acquirendum feudum eſſe: Extra hanc tamen in aliis caſibus putat feudum rectiſſimè emi, quod primò rationem propoſito caſui præcisè adſtringat, haud juridicum eſt, cum non ignoti juris ſit, rationem ſeſe latius, dicto ſuo, cujus eſt ratio, extendere *l. 1. ff. de legat. præſtand. l. fin. C. de dot. promiſſ.* Et ideò cum ratio generalis ſit, aptéque & alios complecti caſus, meritò etiam jus generale operari in ſimilibus debet *d. l. fin. C. de dot. promiſſ. l. de pretio de publ. in rem act. l. illud ff. ad L. Aquil.* Quod ſecundo adſtruit, feudum emi poſſe, facilè concedimus: at improprium feudum eſſe nolumus, idque ratione *d. c. unic. de feud. dat. in vic. l. com.* quia non occaſione pecuniæ propriè feudum acquiritur; at in feudo empto ea præ benevolentia conſideratur: Et per conſequens non proprium, ſed improprium feudum dicitur.

VI.

Quid ſi ita feudum dominus Vaſallo concedat, ut ſingulis annis certam penſionem præſtet, erit ne feudum proprium, vel improprium?

Quæſtio hæc in varias ſcinditur ſententias: ſunt enim, qui arbitrantur, ſic feudum concedi non poſſe, apud quos fruſtra diſputabitur, quod quærimus, ſitnè proprium vel improprium, qui ipſi inter ſe aliter atque aliter ſtatuunt, & ut, feudum non poſſe ſic conſtitui, oſtendant, dicunt de feudi eſſentia non eſſe, ut penſio præſtetur, ſed fidelitas. *c. 1. de form. fidelit.* quapropter cum actus dubii, quorum natura eadem & promiſcua eſt, ex ſignis cognoſcantur. *arg. l. non codicillum C. de teſtam. l. illud. §. tractari. de jur. Codicill. l. Seja. de donat. cauſ. mort.* & ſigna in caſu noſtro ſint emphyteutici vel cenſitici contractus, in eo quippè annua penſio præſtari ſolet. *§. adeò. Inſt. locat. l. 1. C. de jur. emphyt.* putant nonnulli, emphyteuticum contractum, vel, ut alii volunt, cenſiticum eſſe, ut prolixè videre eſt apud *Roſenth. in tract. feudal. c. 2. concluſ.*

conclus. 63. plurimi tamen feudum eo ipso constitui existimant. *Menoch. lib. 3. de præsumpt. præsumpt. 95. n. 3. cum ibid. allegatis.* Equidem puto simpliciter hanc rem definiri non posse, sed ante omnia inspiciendum esse, quid inter contrahentes actum sit. *l. semper in stipulationibus. ff. de R. J.* de quo si vel per testes, aut instrumenta constiterit, is contractus erit, quem contrahentes expresserunt. *l. contractus. ff. de R. J.* quod si non appareat, resque dubia sit, ad id quod factum est, & à possidentibus præstitum est, recurrendum erit: quapropter si præter pensionem & servitia præstita sint, feudum esse improprium præsumemus, ratio est, quoniam ex signis dubium contractum æstimamus: servitia autem signa sunt feudi. *d. c. 1. de form. fidel.* Idem dicendum est, si constet fidelitatis juramentum præstitum esse: nam & hic actus est feudum demonstrans, quod si nulli ejusmodi actus appareant, quibus feudum demonstrari potest, existimarem potius contractum pro censitico habendum esse, quia in censuali contractu jus alienatur omne pro certa pensione, sicque res in dominium & liberam possidentis administrationem transit. *Jas. in l. 1. q. 4. C. de jur. Emphyt.* notum autem est, in dubio præsumi rem talem, ut quam maximè libera putetur. Feudum autem servitus est, & onus annexum habet, magisque quis pro suo & jure proprio quam alieno possidere existimatur. *l. filiusfam. §. Divi. vers. iidem. de legat. 1. Menoch. lib. 3. de præsumpt. præs. 91. in pr.*

VII.

Ex quibus decidi potest, quid sentiendum sit de iis bonis, quæ vulgò Kapfhan Güter dici solent, de quibus dubitatum aliquando fuit, feudaliane an censitica pronuncianda essent?

Ut apparet ex sententia Scabinorum Magdeburgensium, quæ extat post Weichbild. *fol. 110.* & post differentias *Zobell sect. 72.* qui rectè ea bonis censiticis annumerarunt; nec enim pro iis actus feudi proprii præstari solent, & consequenter ad quoscunque hæredes transibunt, nisi consuetudine aliud receptum sit,

ut in quibusdam Thuringiæ partibus, eidemque vicinis locis observare est; in quibus ejusmodi Kapffhan Güter als Lehengüter allein auff mannliche vnd nicht weibliche Persohnen fallen vnd vererben: quo in passu impropriis feudis annumerari debent: quia signum hoc quod ex masculorum successione desumitur, feudo congruit, & ideò juxta id regulari debet. *Vid. sent. Lips. post different. Zob. sent. 72.*

VIII.

Improprium feudum similiter est, si in investitura comprehensum sit, ut feudum ad fœminas transeat.

c. unic in fin. de success. feud. Ratio ejus dependet ex eo, quod supra diximus, de natura feudi esse, ut ad masculos semper descendat hæredes. *c. unic. in fin in quib. caus. feud. amittat.* quod ipsum confirmatur. *c. unic vers. ad filias. tit de success fratr. &c.* cujus rationis ratio perobscura est, cur scilicet non ad instar allodialium & bonorum feudalium in fœminis successio recepta sit? Hieron. Garzon. *in pr. tract. de fœmin. ad feud. recip.* postquam eas, quæ vulgò adferri solent, rationes refutavit, existimat ideò fœminas ad feuda non admitti, quod cum feuda inceperint à libertate dominorum per viam gratiæ vel conventionis, primis autoribus placuit, ne fœminæ comprehenderentur, & paulatim deinde moribus ita receptum & observatum fuit, atque temporum cursu obfirmatum: quæ ratio rem non explicat: si enim ulterius progrediamur, & causam, quæ primos authores movit, inquisiverimus, *Garzon.* principium petivisse, idque, quod in quæstione est pro ratione ejusdem adduxisse, deprehendemus, ut longè rectius fuerit eas retinuisse, quæ vulgò in hanc rem adferri solent, quæ ut tantò melius percipiantur, in memoriam revocanda illa sunt, quæ Vasallus domino suo jurare debet, quorum summam habet Feudista *in c. unic. de form fidelitat* qui domino suo, *inquit textus*, fidelitatem jurat, ista sex in memoria habere debet, *incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile*; quæ singula si percurrere libeat, inveniemus, eorum potiorem partem in fœmineum sexum cadere haud

haud posse. Nam quod de incolumi primo dicitur, & à Feudista explicatur, ne sit in damno domino de corpore suo, tuitionem ipsius domini concernit, ut si bello petatur, prelioque decertet, sicuti proponitur. *c.1.in pr.quib.mod.feud.amitt.* tum ei adesse corpore suo vasallus debet; id autem ad fœminam porrigi nequit: Nam ut *apud Euripidem* mulier *in Danaë* loquitur, sic dici solet, mulieribus artes curæ esse; viros autem plus valere hasta; nam si dolis acquirere victoriam liceret, nos sanè viris imperaremus: cujus rei rationem habet *Seneca in Octavia*: Mulier dedit natura cui pronum malo, animum ad nocendum, pectus instruxit dolis, sed vim negavit, ut ne inexpugnabilis esset, sed ægras frangeret vires timor. Quodque secundo de *tuto*, id est, secretis reticendis dictum est, plusquam notum est, fœminas eo constringi haud posse, siquidem illud saltem tacere possunt, quæ nesciunt, ut quidem & rectè *à Virgilio 4. Æneid.* notatum est,

varium & mutabile semper Fœmina.

De sequentibus idem judicium est: cum enim ex consilio ferè dependeant bono, ejusque ut plurimum fœminæ expertes sint, relinquitur juramentum feudale, sine quo feudum non solet concedi. *c.unic.de form.fidelit.* à fœminis præstari non posse, & consequenter ratione satis probabili easdem feudorum successione exclusas esse.

IX.

Feudum autem, ad quod fœmina admittitur, fœmineum solet appellari.

Idque indubium est, si à fœmina primitus acquisitum est. *c. 1.de feud.fœmin.* quod & maternum alibi appellatur. *c.unic. An marit.succed.uxor in benef.*

X.

Verum de illo, quod superius improprium nominavimus, quando scilicet pacto receptum est, ut fœminæ admittantur, an fœmineum dici possit?

Sunt diversæ Interpp. opiniones: Exempli gratia: Titius accepit feudum pro filiis & filiabus; Sunt qui per hanc concessionem non fœmineum, sed masculinum feudum constitutum arbitrantur; ratio eorum est, quoniam eo in casu acceptum est feudum à masculo, atque ita ab origine sua masculinum est, haud secus atque feudum à fœmina primitus acquisitum, fœmineum dicitur & manet, etiamsi masculi postea in eo succedant. Verum ab hac opinione fit per communem secessio, sicuti apparet ex iis, quos allegat *Schrader. p. 2. c. 4. num. 11. de feud. Rosenth. c. 2. conclus. 7. de feud. Sonsbech. p. 3. n. 24. de feud.* quia ad hoc movetur *c. unic. de eo qui sibi vel hæredib. suis mascul. vel fœmin. invest. accep.* Verum eo textu manifestè comprobatur contrasentientium opinio, quoniam paternum feudum appellatur, quod pro se, filiis & filiabus acquisitum est, quod idē ac si diceres, masculinum esse, sicuti constat *ex d. c. un. An marit. succed. uxor.* in quo fit oppositio feudi paterni & materni posterius idem est cum fœmineo; Ergò & prius idem erit cum masculino Verum si benignius cum utraque opinione agere velimus, in concordiam reduci potest, si feudum fœmineum considerare libet, prout opponitur masculino, eique quod à masculo Vasallo primitus acquisitum est, non dubium erit, quin masculinum dicetur, cum quia ad id textus est expressus *in d. c. unic. de eo qui sibi vel hæred. suis* & sæpissimè feudum fœmineum, ab illo, quod pacto acquisitum est pro fœminis, distinguitur, *c. 1. de natur. success. feud. c. unic. de success. fratr.* tum quia à primordio tituli posterior formatur eventus *l. 1. C. de imponend. lucrat. descript.* & initium spectandum est *l. qui id quod ff. de donat. l. 8. in pr. ff. mandat.* & qualitas, quæ semel inesse cœpit, semper perdurat *l. pacta. §. quindecim. ff. de legat 3.* At si effectum feudi fœminei consideraverimus, non forsan ineptè & fœmineum illud dicemus: nam ut in illo succedunt fœminæ, similiter & hoc succedere constat. *Guer. Piso. c. 40. n. 21. Mart. Pistor. libr. 2. quæst feudal. 34. n. 13.*

XI.

Qua distinctione attenta, non indifficili est respondere, quale sit putandum feudum illud,

illud, de quo maritus & uxor simul investiti sunt.

Et quamvis non desint, qui mixtum illud appellarint, participans scilicet aliquid ex natura tam fœminei quam masculini feudi. *Hartm. Pistor. d.q.34.n.28.* si tamen ad id, quod potentius est, sicuti in mixtis fieri solet. *l. quaritur. & ibid. Dd. ff. de. stat. hom. l. imperium. ibid. Jas. n. 3. de Jurisdict. l. 15. §. hermophroditus. ff. de testib.* recurramus, masculinum illud esse dicemus, præsertim cum in divisionibus non facilè tertia species sit admittenda, sed quam maximè laborandum, ut dichotomia observetur, cujus contrarium contingeret, admisso mixto feudo, siquidem id ex masculino & fœmineo constitueretur. Ut itaque huic principali divisioni mixtum hoc includamus, primordialis causa facit, à qua quantumvis diversus profluat effectus, admittuntur quippè & in eo fœminæ. *c. unic. tit. de invest. facta marit. vel utriq. conjug. c. unic. §. jugales casus quib. fœmin. in feud. succed.* tamen cum in feudis origo, & non quæ subsequuntur, introspiciatur. *c. unic. de eo qui sibi vel hæred.* eaque hîc potentior sit, meritò attendi debet.

XII.

Circa hunc articulum quæri & illud debet, an feudum à fœmina concessum fœmineum dici possit?

Et id quidem existimavit *Petr. de Anchor. in consil. 339.* rejectus pluribus *ab Hartman. Pistor. q. 34. n. 28.* cujus & nos sententiæ subscribimus, quoniam feudum masculinum vel fœmineum sit, non ex eo, qui dedit, sed cui datur, arcessimus. *c. unic. de feud. fœmin.* Unde & *in pr. tit. de his qui feud. dar. poss.* fœmina concedens feudum aliud à masculo haud constituit, sed ex conjunctione promiscua idem cum maribus esse connexorum expostulat ratio. *in pr. & §. 6. Inst. quod cum eo qui est in al. potest. l. sufficit. ff. de condict. indeb. l. si filiusfam. ff. de reb. cred.* Deinde manifesta hoc in casu est diversitatis ratio, quia dominus concedens feudum fœminæ hoc ipso, ut per substitutum servire possit, ei permittere, atque hoc ipso causam, quæ fœminas excludit, tollere

censetur, cum è contrario, quando à fœmina concedatur feudum, circa servitiorum rationem nihil immutetur, sed feudo propriam ipsius naturam retinente eadem militet ratio, fœminas excludens, non mirum itaque, cur de hisce diversis casibus diversum etiam jus statuatur, *inquit Pistor. d. loco.*

XIII.

Sic improprium quoque feudum dici solet, quando dominus ea conditione Vasallo feudum concedit, ne aliquod pro eo servitium præstet.

Zas. p. ult. n. 36. de feud. Schrader. p. 2. c. 4. n. 7. quod francum appellari solet: sic dictum à franco, quod liberum significat: inde Franci liberi dicti notat *Borch. c. 4. n. 20. in tract. de feud.* ad cujus constitutionem vulgò hæc duo requirunt, ut primò in investitura dicatur, concedi in feudum liberum seu francum; secundo, ut vasallus ad nulla servitia obligetur, nisi ad ea, quæ sunt expressa in concessione, & ad ea, quæ continentur in forma fidelitatis. *Curt. Jun. in tract. feud. q. 8. n. 27.* quanquam si diligentius ea intueamur, prioris expressio sufficiat: si enim liberum conceditur, apparet satis nulla servitia deberi. Idque indubitatum arbitror eo in casu, cum ex investitura de mente concedentis, & verbis generalibus nulla servitia exposcentibus constat. Verum cum interdum quædam servitia sibi reservet dominus, quædam etiam remittere soleat, secundi expressio requiritur, ad quæ propter conventionem tenetur. *arg l. ut jusjurandi. §. jurari. ff. de oper. libert.* idque haud dubiè voluisse Dd. licet indistinctè loquantur, arbitror. Et hoc ultimum conditionatum feudum nostri appellare solent. *Schrader. p. 2. c. 4. n. 12.*

XIV.

Ex quibus constat, hallucinatum esse Jacob. Andr. in addit. ad Specul. in rubr. de præscript. *qui putat non valere hanc con-*

ces-

cessionem, ut vasallus ab omnibus servitiis liberetur.

Motus hac ratione, quia *inquit*, si omninò liberum dicitur feudum, potius donatio, quàm feudum erit; sicuti enim quis non potest esse liber & servus simul, ita quoque non poterit esse simul vasallus & liber. Hallucinatum dico constat. siquidem non sola servitiorum præstatio feudum facit, sed & alia requiruntur, uti ex forma fidelitatis patet. *c. unic. de form. fidel* ad quæ, etsi servitiis liberatus sit, nihilominus vasallus tenebitur. *c. unic. de feud. non habent. propr. feud. natur.*

XV.

Impropriis annumeratur feudum ita concessum, ne juramentum fidelitatis pro eo præstetur.

c. unic. §. final. per quos fiat investit. c. unic. §. 1. quæ fuit prim. caus. benef. amit. quo casu nihilominus ad omnia ea, quæ juramento fidelitatis continentur, vasallus obstrictus est. *Zas. part. ult. n. 34. Schrader. p. 2. c. 2. n. 27.* siquidem nihil commune juramenti præstatio cum servitiis, fideique aliis actibus habet, cum hosce etiam absque juramento non infidelis vasallus promptissimè exequi poterit. *d. c. unic. §. final. per quos fiat invest.*

XVI.

Ita etiam improprium feudum putatur id, quod ea lege datum est, ut vasallus & sui hæredes, & cui ipse dederit, habeant; nam iste, qui sic accepit, poterit id vendere, vel donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini alienare.

Ut loquitur Feudista *in c. unic. de feud. non hab. prop. feud. natur.*

XVII. *Et*

XVII.

Et hæ præcipuæ feudi improprii species sunt, quibus an feuda illa addi possunt, quæ non perpetuò durant, uti sunt Cameræ vel Cavenæ, Gvardiæ, Castaldiæ, &c. dubitari potest.

Idque propter *capit. unic. §. si verò vasallus. quid sit investitur.* ubi hæc feuda recta appellantur, quod idem est, ac si propria nominarentur, ut constat *ex inscript. titul. de consuet. rect. feud.* hocque argumento motus videtur id voluisse *Schrader. p. 2. c. 3. n. 84.* dum eorum successionem in hæredes masculos deducit, quod etiam ante ipsum voluêre *Alvarott. & Praepos. in praelud. feudor. Matthæ. de Afflict. c. 1. §. final. n. 22. de feud cognit.* quorum sententia recipi non potest, quoniam apertè satis provisum est, ejusmodi generis feuda morte utriusque tam dantis quam accipientis interire. *c. unic. in fin. quis dicat. dux March.* constat autem de feudi natura esse, ut perpetuò duret, atque masculos hæredes transeat. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* Non obstat *d. c. unic. §. si verò vasallus. quid sit investit.* Nam ut *Zas. p. 12. n. 31.* dicit; feudum Cameræ non est rectum feudum, quoad naturam feudi successoriam, & quoad ea, in quibus degenerat: In aliis autem servat naturam recti feudi, scilicet in servitiis præstandis, in danda & petenda investitura, in sacramento fidelitatis, in non alienando, in possessionis commodo: quæ responsio etsi in se vera sit, non tamen *d. §.* explicat; quare responderi debet, quod verba *d. §. si verò vasallus,* AUT JURET SUUM RECTUM ESSE FEUDUM, sic exaudiri debent, ac si dictum esset: Jurabit se justè & rectè feudum possidere: quæ interpretatio ut facilis est, ita literæ vel maximè conveniens: Nam ut contextus innuit, orta controversia inter dominum & vasallum de feudo Cameræ vel Cavenæ, si sit in quasi possessione vasallus, non quidem opus est probatione, sed dabitur vasallo electio, ut aut juret, se feudum, rectè possidere, aut domino referat jusjurandum.

XIIX. *Est*

XVIII.

Est autem feudum Cameræ nihil aliud, quam jus pecuniam de Camera, id est, ærario Principis: Feudum verò Cavenæ, velut alii volunt, Canevæ, ex cellario vel horreo ejusdem vinum frumentumvè percipiendi facultas, quæ itidem dicuntur feuda Soldatæ.

Ut arbitratur *Hottom. in lex. Feudal. verf. Camera. Borchold. c. 4. n. 30. de feud.* quod fictum vocabulum esse videtur à voce Germanica Sold, quæ stipendium vel mercedem significat. Abbas Ursperg. de Philippo Imperatore agens; hic, *ait*, cum non haberet pecunias, quibus solaria sive solda præberet militibus, primus cœpit distrahere prædia, quæ pater suus acquisierat; Unde soldurii milites dicuntur. Feudista autem à solidis hoc nomen deducit *c. unic. §. final quis dicat. dux March.* ubi simul explicat, quid feudum soldatæ sit: Est, *inquit*, præstatio quædam annua, quæ à neutra parte transit in hæredem, quod plerunque in solidorum donatione, quo casu feudum Cameræ est; quandoque etiam in vino & annona consistit, & tunc feudum Cavenæ dicitur, quasi ex Camera avenæ debitum. *Vultej. 1. feudor. 8. n. 13. de feud.*

XIX.

In quibus feudis ita demum dari, notandum monet Feudista in c. unic. de not. feudor. *si sit in Camera vel Cavena, undè solvi possit.*

Quod si autem sine culpa promissoris evacuata sit, expectandum est, donec iterum de Cavena vel Camera dari possit.

XX.

Dominum autem feudi dare posse intelligitur, omni ære alieno deducto; non enim

æquum est; quem videre egentem, quam prius habuit in conjugem vel amicum.

Verba sunt *d. c. unic. de not. feudor.* ubi observandum conjugem appellari dominum, forsan ab arctissimo feudali vinculo, quo ad instar conjugum dominus & vasallus sibi invicem obstricti sunt *c. unic. vers. dominus. de form. fidelit.* Et ideo, sicuti conjuges se invicem, non nisi in quantum facere possunt, conveniunt. *l. marito. ff. solut. matrim.* similiter æquum fuerit domino vasallum parcere, *arg. l. Imperator 50. ff. ad SC. Trebell. l. ult. ff. de agnosc. liber. l. 1. C. de oper. libert.* & confirmat illud vulgatum; commilitium auget charitatem. *l. de hæreditate. ff. de Castrensi pecul.*

XXI.

Idq; & eo casu in dubium credimus, quando demonstratio loci certi facta sit, isq; postmodum amittatur, domini quantumvis camera satis sit locuples.

Prout casum hac hac de re in terminis habet *Wurmser. libr. 1. tit. 51. observ. 2.* qui contigit inter Comitem Palatinum Rheni, & nobilem quendam Roder, cui à Palatinatu in feudum fuerant concessi reditus 25 aureorum percipiendi de bonis & fructibus seu reditibus dominii Mordenaw seu Ortenaw / quod dominium Comes Palatinus cum omnibus bonis proventibus, fructibus & utilitatibus amiserat. Quamvis enim pro Nobili facere videtur, quod dici consuevit, personalem obligationem fundum non sequi. *l. 1. §. si hæres. ff. ad SC. Trebell. l. si fideicommissum. §. tractatum. ff. de judic.* qualis hæc videtur. *c. unic. §. final. quis dicat. dux vel March.* Deinde locum illum à Mordenaw non demonstrationis, sed potius donationis causa adjectum esse, *per notat. in l. final. § ff. de contrah. empt. l. quidam testamento. ff. de legat. 1.* Denique locum solutionis causa potius adjectum censeri. *l. vinum. ibid. Dd. de reb. cred. l. 3. §. fin. de act. empt.* Tamen iis non obstantibus, cum hic in claris versemur, in quibus dubitationi relinqui locus non debet, *l. continuus, §. illud. de V. O.* Ex que tenore investituræ

stituræ constat, locum certum demonstratum esse, sicque ad rem, & non personam contrahentes respexisse, re sublata ut & onus ei annexum tollatur consequens est. *arg. pr. Institut. de usufruct.* quo ipso omnia illa, quæ in contrarium allegari possunt, convelluntur, & quidem quod primo diximus, personalem hanc obligationem censeri; eo quidem respectu verum est, quod personam constituentis haud egrediatur. *d. cap. unic. §. final. quis dicat. dux vel March.* At non eo, ut maneat re sublata præstatio annua: quod secundò dictum, non demonstrationis causa locum adjectum esse, ex literis investituræ, ut & tertium refellitur quoniam ex iis id constare volumus, concedimusque haud gravatim id, dum demonstrato loco careat concedens.

XXII.

Quod si autem eundem recuperet, & reviviscere jus feudi arbitror.

Argumento ejus, quod sublato ædificio, cui debetur stillicidii immittendi servitus, eoque posteà restituto, eadem servitus restituatur *l. servitutes. 19. §. si sublatum. ff. de serv. urb. præd.* quod confirmat *l. si locus 14. ff. quemadmod. serv. amit. l. & Attilicinus. 35. ff. de serv. rust. præd.* confirmaturque id etiam eo, quod feudista notat, feudũ Cameræ reviviscere, si ad meliorem eadem pervenerit fortunam & locuples facta fuerit. *d. c. unic. de not. feud.*

XXIII.

Quod etiam communi interpp. opinione extenditur ad tempus præteritum, voluntq́ue non solum sequentium, sed & præcedentium annorum quantitatem præstandam esse.

Moventur authoritate JCti *in l. legatum. 17. §. vini. 1. ff. de annu. legat.* in cujus specie bini cullei vini falerni quotannis legati sunt, & pro eo omni anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culleos respondet JCtus: & probat Ulpian. si voluntas testatoris non adversetur *in l. ex eo. 13. ff. de tritic. vin. & oleo legat.* notum quoque & aliàs sit id, quo propter inopiam & sterilitatem

remissum est, per supervenientem copiam & fœcunditatem resarciri debere *l. si uno. 17. in pr. ff. locat. l. licet. 8. C. eod. Rosenth. c. 2. conclus. 76. cum ibid. allegatis. de feud.* De cujus sententiæ veritate omninò dubito. 1. propter *d. c. unic. de not. feudor.* in quo statuitur, tùm demum ex Camera quantumvis evacuata quantitatem annuam solvendam esse; cùm culpa promissoris exhausta sit; quapropter argumento à contrario sensu fortissimo *l. si quis 19. ff. de manumiss. l. 1. de off. ejus cui mand. est jurisdict.* si non culpa, sed casu fortuito id acciderit, nihil omninò pro tempore eo, quo præstari non potuit, exigi à domino debet. 2. quæ sub conditione debentur, sic debentur, ut ea interim pendente nihil exigi possit, incipiatque demum deberi aliquid, & non antea, cum ea existat. *l. cedere diem. ff. de V. S.* Ex Camera autem evacuata sub hac conditione debetur, si iterum locupletetur, idque indicat verbum DONEC, quo utitur *d. c. unic de not. feudor.* quod conditionem importat. *l. si pater Severinam. §. ult. ibid. Bart. ff de condit. & demonstr. Tiber. Decian. vol. 3. consil. 9. n. 18.* quapropter durante inopia & pendente conditione nihil pro tempore durantis inopiæ peti poterit. 3. Id demonstrari potest *ex l. ex eo. 13. ff. de tritic. vin. & ol. legat.* qua Dd. in contrarium moventur: existimat illa, si legatum sit annuum ex fructibus, unius anni defectum alterius supplemento refici, nisi voluntas testatoris adversetur: quæ verba posteriora in rem præsentem noto, volumusque voluntatem domini adversari huic suppletioni, quæ certius demonstrari haud poterit, quam ex natura feudorum Cameræ & Canevæ, quæ hæc est, ut sit jus percipiendi ex iis, quod promissum est: percipi autem ex evacuatis nihil potest. Et quæ æquitas esset à liberali domino, quique prona spontaneaque voluntate feuda hæc concessit, exigere, qui & ipse nihil accepit, & carere, nec pro dignitate sese agere potuit; si & ære alieno pressum, aut sterilitate magna laborantem finxeris: quapropter si; quod iniquum est, admittere nolumus dominum liberalitate sua periclitari haud debere. *l. 50. ff de re judic.* contra Dd. id, quod volumus, & nunc confirmatum est, sentiemus; quibus non officiunt, quæ ipsi protulêre. Nam *d. l. legatum. 17. §. 1. ff. de ann. legat.* loquitur in casu magis favorabili, & voluntati testatoris omninò satisfacienda est *l. 1. C. de SS. Eccles.* Voluit is, ut annuatim bini cullei

vini

vini præstentur, quod sic interpretamur, ut plenius ultimæ voluntates solent, ut quamvis vinum uno anno natum non sit, alterius anni ubertate compensetur, nisi voluntas testatoris adversetur, *ut inquit Vlp in d. l. ex co. 13. ff. de tritic. vin. & ol legat.* quod in proposito nostro sic explicavimus, ut voluntatem domini suppletioni contrariam probasse nos existimemus, quod pro sententia adversa adductum est *in l. si uno. Al. l. ex conducto. in pr. ff. locat. & l. licet. C. eod.* Et à casu nostro diversum est, in locatione & conductione præcedentium annorum sterilitas subsequentium ubertate compensatur, ut scilicet in contractu hoc locatoris & conductoris par sit conditio est, quia par onus; in contractu verò feudali non par conditio quia nec par onus: nec enim quicquam dat Vasallus, dat solus dominus rem scilicet suam in feudum, ut iniquum fuerit ab exemplo conductoris & locatoris quorum unus mercedem alter rei usum præstat, ad dominum & Vasallum, inter quos liberalitate res peragitur. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amitt:* velle argumentari.

XXIV.

Sequitur nunc feudum Gvardiæ, *quæ vox germanica à* Warden *putatur. Unde feudum Guardiæ est, quod custodi palatiorum civitatis vel alterius rei nomine custodia conceditur* Rosenth. c. 2. conclus. 68. de feud. *Feudum* Castaldiæ, *velut alii legunt Guastaldiæ est, quod Castaldo, id est, procuratori domus, aut rerum nostrarum, ad hoc, ut domum vel res nostras gubernet datur.* Ein Landvogt.

De cujus vocabuli origine scribit *Hottom. in Lex.* & putat factum nomen à Gwast / id est, hospitium, veteri Germanica & Gallica lingua, & halten / id est, tenere: alii qui Castaldiam malunt

lunt legere, arbitrantur eam sic dici à casa, quod domunculam significat, & alda, quod significat famulam. *Borch. c. 4. n. 31. de feud.*

XXV.

Quibus adjici solet feudum advocatiæ, cujus sit mentio in c. unic. §. quicunque. 7. tit. de pac. tenend. *quod teste Cujac. nihil aliud est, quam dignitas quædam sive vobis, sive Ecclesiæ præpositura.*

c. salvator. 1. q. 3. c. in quibusdam de pœn. c. præterea. de jur. patron. Ut advocatia Tigurinensis. *in Austria Latii.* Advocatia Betrinæ, *in Chronicis Flandriæ.* Cujus species in germania temporibus nostris usitatissima est, dum Nobilibus & Principibus monasteriorum, Ecclesiarum & civitatum defensio & protectio committitur.

XXVI.

Ei non dissimile est feudum cancellariatus, quod Princeps vel alius cancellario pro labore & consilio præstat.

c. unic. ibi: & pro mercede alicujus rei. & notant Præposit. & Jacob. de Bellvis. tit. de feud Gvard. vel Castald.

XXVII.

Quæ feuda anno finiuntur, uti id constat ex d. c. unic. de feud. Guardiæ.

Ejus ratio *ex Alvarott.* reddi solet, quod officia, ob quæ hæc feuda præstari solent, annua plerunque sint, quapropter cessante causa, cessare etiam effectus. Quam rationem non admittit *Schenck. Baro in d. c. unic. n. 11.* multis eam exagitans, labiturque tandem in id, quod *Baldus* sæpè dicere solitus est, de hisce consuetudinibus noli inquirere rationem, quia sufficit ita statutum esse, *arg. l. non omnium. ff. de ll.* potest enim dominus rei

suæ

suæ legem temporalem imponere, & integrum est eidem, rem suam possidendam & fruendam tali adjecta conditione, alicui tradere. *arg. l. in re mandata. C. mandat. l. ult. C. de legat.* quæ ratio *Schenckii* ad rem parum facit; siquidem non dominus hac lege concedit feudum, prædicta ut sint annalia, quod quidem eum posse dubium nullum est. Verum simpliciter nullo temporis adjecto spacio, quo casu etsi simpliciter vasallus acceptaverit, secundum naturam tamen eorundem ad nutum domini anno finito restituere tenetur, ut melius sit communem retinere, quam de his feudis sine ratione arguere.

XXVIII.

Sic & inter peculiaria horum feudorum est, quodq; etiam superius tetigimus, morte ejus qui accepit, finiri.

Officia quippè ad hæredes officiarii non transmittuntur. *l. cujus. 9. ff. de curat. furios.*

XXIX.

Quod etiam, an in hærede ejus, qui ea concessit, dici possit? controversum est.

Et non finiri existimat *Thomas de Marin. tit. 28. n. 8. Schrader. p. 2. c. 4. n. 36. & seqq.* quorum tamen sententia mihi non probatur, quia *in c. unic. §. final. quis dicat. dux vel March. &c.* dicitur, quod feudum Soldatæ, quod idem est cum feudo Cameræ & Cavenæ, morte dantis & accipientis interveniente finiatur; feudo autem Cameræ comparantur feuda Castaldiæ, Gvardiæ, & Advocatiæ. *c. unic. de feud. Gvard. vel Castal.* quapropter uti prius illud per mortem dantis finitur, similiter ut & posterius terminetur, comparatorum natura postulat.

XXX.

Quod etiam nostri procedere in tantum volunt, ut nec supradicta feuda ad hæredes vasalli transeant, quamvis mortuo vasallo, domino

domino sciente & patiente, hæredes Vasalli in possessione permaneant, sed tenebuntur domino fructus restituere.

arg. l. item quæritur. § qui impleto. ff. locat. l. ex diverso. §. 1 ff. de Rei vind. Schrader. d p. 2. c. 4. n. 38. 39. Rosenthal. d. c. 2. conclus. 69. contra quam opinionem, si supra dicta *l. item quæritur. §. qui impleto.* penitius inspiciatur, omninò pugnat. Qui impleto tempore conductionis remansit, *inquit textus*, in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignorum videtur durare obligatio, quod argumentum pro contraria opinione præstat non improbabile: nam cum dominus impleto per mortem vasalli tempore patiatur ejusdem hæredem in feudo manere, non video cur non ad exemplum conductoris de hærede idem pronunciari possit, utrobique enim in utriusque persona contractus finitus est, utrobique consensu res peragitur, utrobique cum tam dominus quam locator dissentire possit, neque tamen per contrariam voluntatem de dissensu appareat: probabilior hæc est præsumptio, velle dominum, ut hæres in feudo maneat, cum aliàs incogniti juris non sit, tacentem haberi pro consentiente. *l. in rebus. in fin. ff. de precar. l. quamvis. C. de usur. l. sicut. §. non videtur. ff. de pignor. & hypoth.* ejusdemque efficaciæ esse tacitum consensum, cujus est expressus. *l. cum quid. 3. ff. de reb. credit.*

XXXI.

Atque ex his, quæ hactenus diximus, utcunque feudi improprii species, & quæ earundem descriptiones sunt, intelligere licet. Idq; tunc in universum constitui observandum est, quando constat ab aliquo feudi naturali, domini & vasalli consensu recessum esse, de quo si non apertè constet, sed in dubio sit, feudum

feudum tandiu proprium esse dicimus, donec per contrariam agientis probationem id improprium esse demonstratum sit.

c. unic. §. final. quid sit invest. quæ enim rei naturaliter insunt, tandiu inesse præsumuntur, donec de contrario constet, & secundum naturalia facienda est interpretatio, nisi verborum proprietas repugnet, quin potius tolerari potest, ut improprietur natura verborum, quam rerum, ut *Bald.* ait, ex quo id refert *Tiber. Decian. 1. consil. 57. n. 61.* Estque hæc communis Dd. conclusio, sicuti constat ex Interpp. *ad d. c. unic. §. fin. quid sit investitur.*

XXXII.

Ex quibus decidi potest quæstio satis controversa, An feudum scilicet in dubio potius masculinum, quam fœmininum censeri debeat?

Quamvis enim res in dubio talis præsumitur, ut quam proxime accedat ad naturam suam pristinam. *l. altius. C. de servit. Alciat. reg. 2. præsumpt. 3. num. 1.* Unde à nostris hæc recepta est theorica, rem quamlibet præsumi potius allodialem, id est, liberam, quam feudalem. *Menoch. libr. 3 de præsumpt. præs. 91.* fieri autem id, si fœmineum esse dixerimus, quoniam fœminarum successioni, ut & aliàs, locus erit, *juxta l. maximum vitium. C. de liber. præter.* ea tamen non attenta ratione, superius fundamentum contrarium suadet, & astipulatur textus expressus *in c. unic. §. final. in quib. caus. feud. amit. c. unic. §. hoc autem notandum. de his qui feud. dar. poss.* Hinc dixit *Tiber. Decian 4. consil 54. num. 48* in materia feudorum in dubio pro masculis pronunciandum esse. Nec oberit argumentum contrarium, quia loquitur in casu eo, quando dubitatur, sitnè res allodialis, vel feudalis, quo haud inviti largimur eam pro allodiali habendam esse. Verum nos in iis terminis versamur, ubi constat, rem quidem feudalem esse, at de qualitate ejusdem disceptatur, quæ pro fœmina attendi haud debet: nam sicuti jam dictum, id quod naturale est, præsumi debet, cu-

jusmodi est, quod successione feudi arceatur fœmina, nisi consuetudine, aut statuto loci receptum esset, ut ad fœminam devolvatur feudi successio: nam tunc in dubio existimo investituram juxta statutum loci sic exaudiendam esse, ut potius fœmineum, quam masculinum statuatur feudum, quoniam statuta & consuetudines locorum feudorum naturæ derogant. *Alvarott. Praeposit. & alii in cap. 1. in fin. de feud. cognit.* & contrahentes se vel maximè iis conformasse putandum est. *Rosenth. c. 7. conclus. 38. n. 8. de feud.*

XXXIII.

Ut autem feudi improprii variæ species sunt, sic etiam feudi proprii non per omnia consimiles reperiuntur. Estq; hæc non postrema, quam nunc proposuimus, & à causa efficiente desumitur, qua feudum masculinum dicitur, cui opponitur fœmineum, Illud est, quod à vasallo masculo primitus acquisitum est.

c. 1. de natur. success. feud. c. 1. de feud. fœmin.

XXXIV.

Quod rursum vel vetus est, vel novum. c. 1. per quos fiat investit. c. 1. de investit. vet. & nov. benefic. *vetus, quod quis non habet à seipso, sed ab eo, qui id primum acquisivit.* c. 1. vers. paternum. de natur. success. feud. *Ex quo, quid novum sit, facilè perspicitur, nempè id, quod in primi acquirentis persona consistit, nec aliundè, quàm à se-*

seipso habet.c.unic.vers.novam.qui test.sunt necess.c.unic.de duob.fratrib.à capit.investit.

XXXV.

Unde si Titius investitus sit de feudo, quandiu ex persona ejus ulterius propagatum nondum est, feudum novum dicitur: quin & novum feudum respectu omnium dicitur, qui non ab eo, qui primò feudum acquisivit, originem trahunt.

c.1.§.his verò.de success.fratr. Exempli gratia, *Titius* & *Cajus* fratres sunt: *Titius* acquirit feudum, quod etsi teneat ejus pronepos ex filio, & non ut novum, sed ut vetus possideat, respectu tamen descendentium *Caii* fratris novum est, quoad hoc, ut in eo non succedant, nisi ex pacto. *Schrader.part.2.c.3. Rosenthal.c.2.conclus.9.*

XXXVI.

Vetus feudum rursum vel paternum vel antiquum esse nostri volunt: Paternum dicunt esse, quod à quopiam adscendentium usque ad quartum gradum acquisitum est. Antiquum verò, quod acquisitum est ab aliquo majorum, qui ultra quartum gradum est.

Pellecti in eam sententiam *c.unic.§.1.de success feud.* & eò, quod JCtus *Paul.* respondit: Parentes usque ad Tritavum proprio vocabulo nominari *in l.10.§.parentes.7.ff. de gradib. affin.* Si, quod res est dicere, libeat; distinctio hæc feudalibus textibus

probari nequit: quod enim *ex d.c. unic.* §. *1. de success. feud.* ducitur, parum ad rem facit, quoniam Feudista non ad antiquum per expressionem paterni respexit, sed id exprimere voluit, ideò ad quartum gradum secundum quosdam successionem feudi saltem extendi, quia post eum feudum illud non amplius feudi nomen retinet, sed ad dominum revertitur, & ideò novo jure opus fuit, quo in infinitum descendentium successio introduceretur. *c.unic.*§ *hoc quoq;. de his qui feud. dar. poss.* quæ expositio vel ideò probari debet, quod Feudista alibi paternum feudum vocet, quod à quocunque superiore acquisitum est, *c. unic. vers. paternum de natur. success. feud.* quod ratione nulla dictum esset, si ex feudalis juris dispositione id gradu quarto circumscriberetur: unde & *in cap. unic. vers. his verò deficientibus. de success. fratr.* paternum feudum perhibetur, quod fuit illius parentis, qui fuit ejus agnationis communis, & sicuti rectè *Arnold. Bart. in nuc. feud* addit, quicunq; tandem ex superioribus acquisivit, neque concordiam hujus rei alit, quod post alios adducit *Vultei. lib. 1. c. 8. de feud. n. 5.* existimans distingui feudum paternum ab antiquo, si inter se comparentur & opponantur, non verò si conferantur ad novum, sequutus in hoc posteriore *Enguin Baron. in d.c.unic.* § *1. de success. feud.* qui simpliciter nugari nostros dicit, quod differentiam fabrifaciant inter beneficium paternum & antiquum: non, inquam, concordiam alit, quoniam superioribus illis textibus paternum id dicitur, absque ullo antiqui vel novi feudi respectu, quod longam prædecessorum habuit seriem, videoque insuper Feudistas promiscuè vocabulis paterni, veteris & antiqui feudi uti, sicuti apparet *ex c. unic.* §. *cum autem si de invest. feud. cont. fuer. c. unic. de vasall. decrep. atat. c. unic. vers. si duo fratres. de feud. March. vel Ducat. c. unic. in pr. per quos fiat invest. c. unic. qui test. sunt necess. ad non investit. c. unic. an apud judic. vel curiam domini, &c.* nec obstat, quod ex Pauli *l. 10.* § *parentes. 7. de grad. & affin.* oppositum fuit, quia non negat & superiores parentes dici posse, sicuti constat *ex l. 4.* § *parentes. ff. de in jus vocand.* ubi parentes in infinitum appellantur, quemadmodum & in legatis præstandis. *l. 1.* § *generaliter ff. de legat. præstand.* Generaliter autem parentes, *inquit*, & liberos Prætor excepit, nec gradus liberorum, parentumve enumeravit; in infinitum igitur eis præstabitur, sed vult eos, qui usque ad tritavum ascendant, præter no-

nomen commune, quo parentes vocantur, habere propria & speciala nomina, quibus singuli gradus designantur, qualia sunt, pater, avus, &c. ultra enim verò nulla sunt nomina specialia, unde cogimur uti verbo generali complectente plures gradus, quale est verbum MAJORES. *l. appellatione parentu. 51. de verb. signif.*

XXXVII.

Ex quibus colligere licet, hallucinatos esse Bald. Alvarot. & Matth. de Afflict. in d. c. 1. §. hoc quoque de success. feud. *dum statuunt: Feudum alicui hoc pacto concessum;* concedo tibi hanc rem in feudum paternum; *ultra trinepotem non extendi.*

Et ideò sint cauti consequentes (*inquit Afflict. d. loc.*) privilegia feudorum, ut in ipsorum investitura apponatur; *concedimus tale castrum in feudum paternum & antiquum:* quam cautelam approbat *Zas. p. 3. n. 1. de feud.* quamvis jure receptum sit, ne superabundans cautela noceat. *l. testamentum 17. C. de testam. l. si pupilli §. 1. ff. de negot. gest. l. non solent. ff. de R. J. l. quæ extrinsecus. ff. de V. O.*

XXXVIII.

Quæri tamen debet, an ea omissa concessio supradicta ad quartum gradum restringi debeat?

Quod rectè negavit *Præposit. ad d. c. 1. §. hoc quoque. de success. feud. Zas. pag. 3. num. 1. de feud. Schrader. p. 2. c. 3. num. 39. de feud.* quoniam feudum paternum opponitur novo. *c. unic. §. cùm autem. si de investit. feud. contr. fuer. c. unic. vers. si duo fratres. de feud. March. vel Ducat. c. unic. in pr. per quos fiat investit.* & cum ei opponitur, idem est cum veteri & antiquo, uti superius probatum est, Ergò quarto gradu circumscribi non debet. Deinde juris notì est, beneficia quàm latissimè interpretanda esse. *l. 3. de con-*

 stit.

stit Princ. feudum autem beneficium est. *c. 1. vers. hujus in quib. caus. feud. amit.* quod etsi pluribus hanc in rem conquisitis argumentis probari operosum non esset, sciens tamen prætereo, cum imperiti esse credatur per generalia procedere, quando textus extat, qui in materia propriè & specificè loquitur. *Felin. in c. 1. de præscript. n. 6. in fin. Trivis. decis. lib. 1. in pr.* qualis in casu nostro satis clarus est *in d. c. unic. vers. paternum. de natur. success. feud.*

XXXIX.

Differentias feudi veteris & novi nostri has præcipuè notant. 1. In feudo novo non succedunt collaterales, in antiquo succedunt. c. 1. de benefic. fratr. c. 1. de natur. success. feud. *nisi novum feudum hoc modo acquisitum sit, ut fratre acquirente sine hæredibus mortuo ad fratrem perveniat, quo casu feudum quidem novum est, contra naturam tamen ejusdem successioni locus fit.* Rosenthal. c. 2. conclus. 12. in f. de feud. *Ex quo altera elucet differentia, scilicet feudum vetus mediante successione quæri.* c. sciendum. de feud. cognit. *feudum novum non sine investitura.* c. 1. quid sit invest. *quamvis in veteri feudo renovatio ejusdem intra annum & diem peti debeat.* c. unic. quæ fuit prim. caus. benef. amit. *3. Feudum novum non potest probari, nisi per pares curiæ, id est, conva-*

vasallos, aut breve testatum à paribus confirmatum c. unic. vers. idcircò. de not. feudor. c. unic. qui test. sunt necess. ad prob. nov. invest. *Antiquum verò quibuscunque etiam extraneis, dummodò masculis.* c. unic. quid sit invest. c. unic. qui testes sunt necess. ad prob. nov. 4. *In novo feudo non redintegratur tempus anni & diei filio: In antiquo verò, si vasallus intra annum mortuus sit, ejus successor ex integro annum & diem habet. Ratio differentiæ est, quia in antiquo à primo acquirente feudum successor habet; sicq; ejus & non prædecessoris beneficio: quapropter tempus in persona prædecessoris inceptum non debet successori nocere.* arg. l. 1. §. quibus. de success. edict. l. final. C. qui admit. ad bon. poss. *In novo successor ex prædecessoris persona venit, & ideo tempus continuari debet.* arg. l. cum in antiquioribus. C. de jur. delib. Curt. Jun. p. 4. num. 51. de feud. 5. *Feudum novum alienatum absque domini consensu, redit immediatè ad dominum: antiquum verò ad filios vel agnatos alienantis.* Zas. p. 9. n. 29. de feud. Curt.

p. 2.

p.2.n.16.Gail.2. obſerv. 50. *adduntur & alia ab aliis. Verum hæ præcipua & magis notabiles ſunt.*

XL.

Quæri hic poteſt, an domini vaſalliq; conſenſu antiquum feudum in novum mutari poßit?

Id enim ſi dixerimus, illa quæ feudi novi propria diximus, antiquo applicabuntur, & agnatis aliisque, ad quos primi acquirendis proviſione feudum devenire poterit, præjudicabitur, quæ ipſa ratio protinus cauſæ deciſionem continet: nam feudali jure ſatis proviſum apertè, per Vaſalli conventionem agnatorum jus minimè lædi tollivè poſſe. *cap.unic. an agnat. vel fil. defunct. c. unic. de vaſall. decrep. ætat.* Unde & communi noſtrorum voto traditum legimus, ſi plures proferantur inveſtituræ, eæque inter ſe non concordent, quod tum antiquior & prima, neglecta poſteriore inſpicienda ſit, tum quia ſequentes inveſtituræ nihil aliud ſunt, quam confirmatio primæ, cum quia ſequentes ſunt acceſſoriæ ad primam, quæ non poſſunt principalis naturam immutare. *c. acceſſorium. de R. J. in 6.* quod indubium erit agnatorum intuitu, à quibus ſi ad Vaſallum paciſcentem devenerimus, nulla in contrarium viget ratio, quo minus ſuam ſibi obeſſe pactionem. *arg. l. pen. C. de pact. l. factum cuiq; 155. ff. de R. J.* & feudum in novam ſpeciem transmutari concedamus, ſicuti & idem in caſu eo dicimus, quando agnati transmutationi ſuum adhibuêre conſenſum. *d. c. unic. an agnat. vel fil. defunct.* idque propter rationis identitatem, quæ par ſimilisque in hoc cum caſu ſuperiore eſt: nec enim minus agnatis quam poſſidenti ſuo ſe abdicare jure licitum fuerit. *arg. l. 41. de minor.*

XLI.

Similiter feudi veteris naturam obtinere credimus, ſi feudum ex pretio feudi antiqui,

quod

quod consensu agnatorum venditum est, cautumq; simul, ut pecunia ex venditione feudi redacta aliud compararetur, emptum est.

Quoniam surrogatum sapit naturam sui surrogati. *l. si eum §. injuriarum ff. si quis cautio. l. 1. §. hac. actio. ff. si quis testam. libr. esse jur. fuer.* Idque vult Schrader. *p. 2. c. 3. n. 57.* arg. *l. quamvis. C. in quib. caus. pign. tac. contrah. l. si ea pecunia. 6. C. de R. V. l. si patrum. C. commun. utriusque Jud.*

XLII.

Quemadmodum & pro veteri feudo reputabimus id, quod domino ob feloniam apertum est, eaque non obstante vasallo rursum concessit?

Arg. l. 1. §. stare alieno ff. de pecul. quod plenius exequuntur *Paul. de Mont. Pic. in proœm feud. n. 11. Rosenthal. c. 2. conclus. 18. Schrader. p. 2. c. 3. n. 43. de feud.* quibus locis & alia, quæ in hunc locum derivari possunt, & dubium alunt, mutetur vel maneat feudi veteris natura, notant.

XLIII.

Quibus relictis rem invertemus & investigabimus, utrum per contrarium feudum novum jure veteris feudi concedi possit?

Quod negat *Olrad. consil. 177.* argumentis insequentibus motus. 1. nam si feudum antiquum est, consensu domini vasallique in novum mutari non potest. *c. unic. de Vasall. decrep. ætat.* similiter & si feudum novum fuerit, in naturam antiqui transfundi nequit; quia contrariorum contraria est ratio. *l. 1. ff. de his qui sunt sui vel. al. jur. l. illud quæsitum. ad L. Aquil.* Deinde constat ex supradictis, feudum antiquum id dici, quod ab aliquo majorum acquisitum est. *c. unic. vers. paternum. de natur. success. feud.* hæc cum sit definitio & substantia rei tolli nequit, quia veritas rei non

Ttt potest

poteſt hominum denominatione immutari. *l. ſi fortè. ff. de caſtr. pecul l. non epiſtulis l. non nudis. C. de probat.* 3. quamvis inveſtitura mentionem faciat, dicatque, tale feudum antiquum eſſe, tamen id ſimulatum eſt: regulam autem habemus, plus valere, quod in veritate agitur, quam quod ſimulatè concipitur. *tot. tit. C plus val. quod agit. &c.* 4. Oppoſita nunquam de uno & eodem ſubjecto prædicari poſſunt; Oppoſita autem ſunt feudum vetus & novum: quapropter quod novum eſt, antiquum perhiberi nequit. Denique quædam perſonæ ſunt, quæ feudum antiquum concedere poſſunt, novum non itidem; ut ſunt prælati Eccleſiarum *c. 2. ext de feud.* Si autem per hujusmodi verba; *in feudum antiquum*, novum feudum ſuam naturam mutaret, & in antiquum degeneraret, ſequeretur, quod prælati Eccleſiarum in fraudem juris ſæpè concederent nova feuda ſub ſpecie antiquorum, atque ita una via prohibitum altera permitteretur. *c. cum quid una de R. J. in 6.* Quibus tamen non attentis in contrarium ivit communis veriorque Dd. ſententia, quæ etſi multis probari poſſet, præcipuis tamen ejusdem veritatem oſtendiſſe ſufficiet; nota eſt in materia feudali regula; quod inveſtituræ tenor derogetomni naturæ feudali, & vim contractus oſtendat. *c. unic. de duob. fratr. à cap. inveſt. c. unic. de fratr. d. non be. inveſt. c. unic. de feud. non hab. pr. feud. natur.* Sicuti in ſimili dicimus, quod tenor teſtamenti inſpiciendus ſit. *§. nos igitur. Nov. de reſtit. fideicom.* Et in ſtipulationibus inſpiciendum eſſe, quo actum ſit. *l. ſi ſtipulatus Stichum. ff. de V. O. l. fidejuſſores magiſtratuum. §. 1. ff. de fidejuſſ.* Quapropter cum ex tenore inveſtituræ conſtet, feudum novum in antiquum mutatum eſſe, omninò ei ſtabitur, quod evidentius clareſcet ex capitulis illis, quibus paſſim in jure feudali traditur, valere pactum ut illi ſuccedant, qui aliàs ſucceſſuri non erant, ſicuti de fœminis conſtat *ex c. unic. §. quin etiam de Epiſcop. vel Abbatiſſ.* & de fratribus *ex c. unic. de duob. fratr. à cap. inveſt.* Hac autem mutatione nihil aliud agitur, quam ut ſuccedant illi, quibus aliàs permanente feudi novi natura ſucceſſio haud obveniret: quodque in propoſito idcircò tantò magis dicendum erit, quia ſaltem agitur de præjudicio domini concedentis. Si enim manſiſſet, feudum novum agnatis non obveniſſet: cum verò domino volente in antiquum transfuſum ſit, nihil video, quo-

quo minus hæc qualitas feudi concessioni addi possit, & agnatorum successioni locum aperire: cum quia lex contractus servanda est *l. 10. C. de pact.* tum quia quilibet est moderator & arbiter rerum suarum. *l. in re mandata C. Mandat. l. nemo externus C. de Jud.* qua de re videri potest *Paul. de Mont. Pico. in proœm. feudor. n. 126.* ubi dicit, quod hæc quæstio temporibus ipsius ventilata fuerit Mediolani, & in eo omnia collegia Italiæ consuluisse *Curt. Jun. p. 1. q. 8. n. 8. de feud. Clar §. feudum. q. 8. n. 2. Gail. 2. obs. 50. Grevr. Piso c. 45. n. 19.* Non obstant argumenta *Olradi & sequacium*: nam quod primò à feudo antiquo ad novum oppositum fuit in proposito, parum aut nihil stringit: differentia quippè manifestissima inter antiquum & novum feudum est. Nam quando conceditur feudum novum jure feudi antiqui, nulli generatur præjudicium, nisi domino concedenti: At quando conceditur feudum antiquum jure feudi novi, hoc ideò feudi novi naturam assumere nequit, quia fieret præjudicium agnatis, quibus ex prima investitura est jus acquisitum succedendi in feudo antiquo, & non in feudo novo *c. unic. de success. feud.* Secundum argumentum similiter magni momenti non est: nam quamvis feudum novum jure antiqui feudi concessum novum maneat, quia de vasallo primitùs acquisitum est; ratione tamen effectuum juris pro paterno sive antiquo habetur Sic dicimus facta infecta fieri non posse *l. in bello. §. facta. de capt. & postlim. revers.* & tamen facta pro non factis habentur *l. jubemus nulli. §. 1. in fin.* ibi: ea quæ contra leges facta sunt, pro infectis habenda. *C de SS Eccles. l. non dubium. ibi:* si fuerint facta. *C. de ll. l. hac consultissima. §. non subscriptum. C de testam.* Sic jus fingit eum qui ab hostibus captus fuit, & reversus est, semper in civitate fuisse, *§. si ab hostibus. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solvit.* & deportatum, qui revera vivit, pro mortuo habet. *l. 1. §. 1. de bonor. possess contr. tabb.* furiosum. qui revera præsens est, per omnia & in omnibus pro absente haberi. *l. 2. §. furiosus. ff. de jur. codicill* scilicet ratione effectuum juris: nam & facta contra leges effectum sortiuntur nullum; reversus omnia sua recuperat jura; deportatus nihil, quod effectum juris in Republ. Romana agere potest. *l. 17. de pœn.* nec furiosus quicquam agere contrahereve. *l. 1. ff. de Curat. furios. dand.* Quod tertio loco opponebatur *ex tit. C. plus val.*

quod agit, *quàm quod simulatè concipit.* à proposita materia deviat: nec enim quicquid per simulationem inter dominum vasallumvè, verum ex fide bona & rei veritate peraguntur omnia. Quarta oppositio intelligenda est respectu temporis eiusdem: nec enim contraria uno & eodem tempore eidem subiecto inesse possunt: at benè diverso, frigus & calor sunt contraria: quæ etsi uno eodemque tempore homini inesse nequeunt, attamen qui nunc friget, postmodum calere potest Quod ultimo loco proponebatur de prælatis, facilè admittimus, in eorum concessionibus, id quod inquirimus, admittendum non esse: quoniam constat satis Ecclesiarum prælatos non posse earundem conditionem deteriorem facere. *l. jubemus.* C. *de SS. Eccles.* quod fieret novum in antiquum transmutando. *Borchold. c. C. 4. n. 9. de feud.*

XLIV.

Quid autem dicendum, si non constet, Novum vel antiquum feudum sit?

Et novum in dubio esse præsumere ex parte domini favorabilius est, quippè hoc modo res facilius ad libertatem perveniet: idque & alio argumento confirmat *Cravetta de antiquit. temp. p. ult. n. 5.* quando quærimus de aliqua qualitate, in qua præsens rei status non concordat cum antiquo ipsius rei statu, ex præsenti non præsumitur in præteritum. *Bald. in l. ex persona. C. de probat.* Primus autem rei status repugnat præsenti statui, cum ab initio quælibet res præsumatur libera. *l. altius. C. de servit. & aq.* Ergò in præteritum non præsumitur feudum, & consequenter novum erit. Si verò antiquum esse dixerimus, id ex parte vasalli favorabilius erit, cum ad agnatos quoque pervenire id tunc possit; & ex eo argumentantur pro hac parte nonnihil, quoniam semper benignior interpretatio sumenda est. *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* Hæc autem ea sit, quoniam bona in agnatione & familia conservantur, juxta ea, quæ scribit *Bart. in l. 1. §. permittitur. ff. de aq. quotid. & æst.* quod etiam alio medio probat *Tiraq. de utroque retract. §. 32. gloss. 1. n. 91.* magis scilicet præsumendum est id, quod naturale est, cujusmodi est, quod ex successione progenitorum accepimus, quàm quod est accidentale. *l. qui habet. in pr. ibid. Bart. de tutel. l. si quis posthumos. & ibid. Jason. ff. de liber. & posth*

posth. quid dicendum? Ante omnia arbitror inspiciendum esse, pro qua parte magis sunt prægnantia inditia, quibus standum est, donec de contrario appareat. *Menoch. de præsumpt. lib. 3. pr. 93. num. 9.* inter quæ non est minimum, si vasallus fuerit in possessione: In pari enim causa melior est conditio possidentis: Deinde qui deducit qualitatem, in ea fundamentum aliquod ponit, illam probare debet. *l. habebat. in pr. ff. de instit. act. l. denunciasse. §. 1. ff. de adult.* Dominus autem adducit novi feudi qualitatem, eo scilicet casu, cum vasallus in possessione est, ex qua securè litigare poterit *l. is qui. 25. ff. de R. Ll.* Cujus quoque in probationem adduci potest. *c. si à sede prabend. in 6.* & illud quod vasallus hoc in casu reus sit, cuius semper favorabilior solet esse causa. *l. favorabiliores. ff. de R. J.* quo spectat ratio *l. Arrianus. ff. de O. & A.* quod confirmat Feudista *in c. unic. §. cum autem ibi:* si fuerit in possessione *Si de invest. feud. contr. fuerit.* Si verò dominus in possessione sit, jam quia in contrarium superius relatæ rationes valent, domini conditio potior erit, feudumque potius novum, quàm vetus esse dicemus: quinimò cum Feudista imponat domino onus probationis, si feudum novum esse proponat. *c. unic. de success. frat.* eo ipso satis innuit dominum probare, si possideat, cum possidentis nulla sit probatio *l. 2. l. actor. C. de probat. Rosenthal. c. 2. conclus. 31. de feud.* Si verò neuter sit in possessione, putatum est, æquius & benignius esse, antiquum feudum statuere, quia utriusque tàm domini, quàm vasalli adsertione feudum esse constat. Ergò quæ feudo magis conveniunt, eiusdemque naturalia sunt, inter quæ hæc est, ut ad omnes transeat. *c. unic. §. cum verò Corradus. de his qui feud. dar. poss.* præsumimus: quod ita exaudiendum esse arbitramur, ut præsumptio hæc non ad hoc prosit Vasallo, ut protinus obtinere debeat, si dominus nihil probaret, sed maneat solùm ob vim illius probationis in possessione, donec fiant probationes, & si futurum contingat, nihil probari hincinde, judex deferet juramentum ex arbitrio cui velit. *d. c. unic. in fin. ibid. Abb. n. 7. de success. fratr. c. unic. §. sacramentum. de consuet. rect. feud. Zas. p. 11. n. 30.* qua quidem in juramenti delatione providus erit judex, & causa diligenter cognita intuebitur, cuius potius iureiurando dirimenda sit hæc quæstio, *ut loquitur text. in d. c. unic. in fin. de success. fratr. vel grad.*

 succed.

succed. spectabit ergò qualitatem personarum, ut ei magis deferat, qui verosimilius veritatem dicturus est. *Menoch. 2. arbitr. jud. q. 191. n. 8.*

XLV.

Proprium porrò feudum aliud est Ecclesiasticum, aliud seculare. Illud censent communiter Dd. esse, quod vel Ecclesia, vel Clericus concedit: hoc, de quo dominus secularis laicum investit.

Schrader. p. 2. c. 3 n. 17. cum allegatis. Verum minùs rectè sicuti constat *ex c. unic. de cleric. qui investit fecit.* ubi clericus de bonis suis investituram faciens, & decedens, successor eius eam adimplere cogitur, quod falsum esset, si Ecclesiasticum feudum esset: nec enim ad ejus impletionem tenetur successor. *c. unic. in fin. quib. mod. feud. constit. poss. c. unic. qui success. feud dar. teneant.* quapropter rectius fuerit ex aliorum opinione, Ecclesiasticum feudum illud dicere, quod in re Ecclesiastica constituitur: Seculare, quod in re profana. *Rosenth. c. 2. concl. 5.* Et rectè ait *Vultej. lib. 1. de feud. 8. n. 19.* quis hoc vel illud accipiat, Clericus an laicus sit, nihil interest, quia & Clericus dat etiam feudum seculare, si nimirum illud constituat in bonis suis propriis, *d. c. unic. de cler. qui invest. fecit.*

XLVI.

Aliud item nobile, aliud ignobile. Illud est, quod conceditur ab eo qui voluntatem & potestatem nobilitandi habet. Voluntas ea vel expressa vel tacita est: tacitè tunc concessum intelligo, quando Imperator aliquem de Ducatu vel Comitatu investiat, quo ipso eum cum Ducatu Ducem, cum Comitatu

mitatu Comitem, atque adeò nobiles fecisse interpretamur.

Eoque intuitu vera est communis Dd. opinio, quâ feudum nobile definitur, quod annexam habet nobilitatem, & eo ipso accipientem nobilitet. *Borch. c.4. n.13. Schrad. p. 2. c. 3. n. 10.* quod videtur voluisse Feudista *in c. unic. quis dicat. Dux. Marcb. &c.* qui à Principe (*habet textus*) de Ducatu aliquo investitus est, Dux solito more vocatur. Qui verò de Marchia, Marchio dicitur: qui verò de aliquo Comitatu investitus est, Comes appellatur: Si verò non sit tale feudum, de quo Imp. aliquem investiat, ad hoc ut vasallus nobilis efficiatur, expressa investientis opus est voluntate. Nec est, quod quis opponat, Nobilitatem cohærere personæ; neque à re, sed à persona concedentis dependere: Nam cum per concessionem Ducatus, Marchionatus, investitum nobilitari volumus, non id acceptum ferimus rei in feudum concessæ, sed concedentis præsumptæ voluntati, ex qua ignobilem pro Duce & Marchione suscipi, nulla ratione dici potest. Occasione itaque rei, ex tacita tamen concedentis voluntate, quæ omninò rem perficit, nobiles fiunt.

XLVII.

Ex quibus quid ignobile feudum sit, intelligere licet, quod scilicet datur ab eo, qui potest nobilitare, nec tamen vult; vel ab eo, qui non quidem potest nobilitare, sed tamen feudum concedit.

XLVIII.

Feudum nobile rursus dividi potest in regale, & non regale: Illud dicitur quod ab Imp. vel Rege recognoscitur, habens annexam dignitatem Ducatus, Comitatus vel Marchionatus.

onatus. c. unic. de feud. March. *& ex identitate rationis, Principatus, Delphinatus, Vicecomitatus & Baronatus*, Rosent. c. 2. conclus. 1. *Non regale est, quod vel ab inferioribus à Principe recognoscitur, vel etiam ab ipso Principe, sed tamen non habet annexam dignitatem.*

XLIX.

Feudiq; regalis hæc specialia censet Gverr. Piso. c. 42. n. 8. *1. In feudo regali nemo succedit, nisi ab Imperatore vel Rege de novo per investituram acquisierit.* d. c. unic. in pr. de feud. March. vel Ducat. *hodiè tamen usurpatum est, quod in infinitum in iis succedatur.* c. unic. in fin. de alienat. feud. 2. *feudum regale non dividitur.* c. unic. §. præterea ducatus de prohib. alien. Feud. per Frider. 3. *Si controversia de regali feudo orta sit, solus Princeps de eo cognoscit, exclusis paribus, etiam quando res concernit ipsum Principem.* c. unic. ap. quem vel quos contr. feud. depend. c. unic. in pr. de cap. corr. *quod secus est in feudo non regali, in quo pares judicant & dominus semper excluditur, quan-*

quando causa eum concernit. cap. unic. an apud jud. vel cur. juncto d. c. unic. apud quem vel quos, &c.

L.

Sic feudum aliud ligium est, quod alii appellant homologum. Cujac. in d. c. unic. de prohib. feud. alien. per Lothar. *aliud non ligium.*

Prius nonnulli exinde dictum volunt, quod vasallum liget, & obstringat domino suo adversus omnes homines. *Jacob. de S. Georg. super verbo: in feudum. in 7. divis. n. 19.* Ex quo simul, quid id sit, perspicere non indifficile est, quando scilicet hoc modo feudum datur & accipitur, ut vasallus domino contra omnem omninò hominem nullo antepositio adsit, uti constat *ex c. unic. §. satis benè. de prohib. feud. alien. per Lothar. c. unic. de feud. lig. in capit. extraord.*

LI.

Quod si verò aliquis excipiatur, feudum dicitur non ligium; & ideò ligium feudum non conceditur, nec suscipitur, nisi ab eo, qui superiorem non recognoscit, ex quo patet, quod unus duorum ligius esse non possit.

d. c. unic. de feud. lig. quam tamen distinctionem ut commentitiam improbat *Francis. Hottomann. disputat. feudal. c. 7.* Nam primum omnium (*ait*) si quod feudi ligii singulare jus est, satis graviter accusari feudistarum vecordia non potest, qui totis duobus pervulgatis libris ne minimam quidem ejus mentionem, ac ne uno quidem in loco fecerint: quam reprehensionem *Hottomanni* enervat *d. c. unic. §. satis benè. de prohib. feud. alien. per Lotharium.* in quo feudum concessum dicitur, pro quo vasallus

fidelitatem nullo antepoſito juraverat; hoc quid aliud eſt, quam feudum ligium? Deinde *in cc. extraordinariis eſt TIT. 99. de feud lig.* qui cum ordinariis contrarius non ſit, Juridicam omninò habebit diſpoſitionem, per ea quæ habet *Hartm. Piſtor. lib. 2. quæſt 3 n. 59.* præſertim cum id, quod ſubobſcurius *d. c. unic. §. ſatis benè.* propoſitum eſt, clarius explicet. Pergit *Hottomann.* Deinde *inquit*, formula vulgò jurandi domini ligio vaſallis tribuitur, ut dominum contra omnes alios, nullo excepto vel antepoſito, defendant, eandem ipſam totidem verbis ac ſyllabis præſcribi vaſallis omnibus videmus. *c. unic. de nov. form. fidel. c. unic. in fin. de proh. feud. alien per Frider. c. unic. §. final. tit. Hic finit lex, &c.* Verum nullo magis alio argumento, quam quod ex capitulis illis deſumitur, rejici *Hottom.* poteſt: id enim volunt in juramenti formula, quamvis contra omnes promiſſum ſit, excipi Imperatorem, Regem, & Dominum antiquiorem, quod non eſt feudi ligii. Atque ita contra *Hottoman.* id argumentum inverti poteſt; quia feudum ligium & non ligium forma differunt, different & re ipſa. At verum prius per ſuperiora. Ergò & poſterius. Pergit *Hottom.* neque alium eſſe ligium exiſtimat, niſi qui idem vetere Germanica lingua vaſſus aut vaſallus dicebatur, cujus in rei probationem cumulat ex hiſtoriis nonnulla, quibus reſpondemus, nos non negare, quin & ligius vaſallus ſit, & eo nonnunquam abuti ſcriptores, inque hunc ſenſum trahere, ut eo quemcunq; vaſallum intelligant, ac propriè ſi accipere libeat, is ſaltem eo nomine cenſebitur, qui nullo excepto domino fidelitatem juravit. *d. c. unic. §. ſatis benè. & d. c. unic. de feud. lig. in extraord.*

LII.

Deniq; feudum aliud hæreditarium, aliud ex pacto & providentia à noſtris perhibetur. Illud dicunt, quando alicui atq; hæredibus ejusdem conceditur: Hoc verò, quando nulla facta hæredum mentione quis feudum pro ſe atq; liberis vel filiis impetravit.

Quam

Quam feudi divisionem *post Pileum & Bulgarum glossatores* sequuti sunt nostri Dd. communiter. Sicuti constat ex iis, quos copiosè citat *Hartman. Pistor. lib. 2. q. 1. n. 1.* quorum tamen plerique fatentur eam non esse juris feudalis textu ullo suffultam, sed *à Pileo & Bulgaro* excogitatam, & ideò magistralem esse: quamvis non desint, qui eius fundamenta in medium proferre non vereantur, sicuti constat ex iis, quæ habet *A. Fachin. 7. controverſ. 3.* qui eam impugnant, & ad textus feudales respiciunt. *c. unic. §. etsi clientulus. de alienat. feud.* in quibus vocabulum *hæredis*, nihil aliud significat, quam descendentes & liberos. *c. unic. apud quem vel quos contr. feud. definiat. c. unic. verſ. etsi clientulus. de alienat. feud. c. 1. de benefic. fratr. c. unic. de eo qui sibi vel hæred.* atque ideò si in investitura feudum concedatur pro se cum hæredibus, illud vocabulum exaudiendum non est secundum juris communis dispositionem, quo multum interest, utrum quis concedatur pro liberis vel hæredibus, sicuti constat *ex l. cum patronus. §. cum libertus. juncta l. ut jurisjurandi. §. si liberi. ff. de oper. libert. l. 1. de relig. & sumpt. funer.* sed pro materia subjecta pro successoribus feudalibus, id est, descendentibus, quorum sententia haud dubiè textibus feudalibus magis convenit, ut latius demonstrat *Pistor. d. loco.* Verum quia usu divisio ea recepta est, omninò attendi debet, quia & usu totum jus FEUDALE natum est constatque.

DISPUTATIO TERTIA,

De

Perſonis Feuda dantibus & Accipientibus.

RESPONDENTE
HERMANNO ERASMI CRUCEBURGENSI Thuringo.

THESIS I.

Expoſita definitione & diviſionibus feudi, ordo poſtulat, ut cauſas feudum conſtituentes perluſtremus, quarum præcipua disquiſitio cum in perſonarum earum cognitione, quæ feudum dare poſſunt, verſetur: nam quæ alia ſunt in benevolentia domini & vaſalli benemeritis, haud ſuas exerere vires poterunt, niſi perſonæ tales ſint, quibus feuda dare prohibitum non eſt, Idcircò diligens earundem indagatio neceſſaria erit.

Quod

Quod voluit indicare Juſtinianus *in §. final. Inſt. de Jur. N. G. & C.* parum eſt jus noſſe, *ait*, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur.

II.

Sunt autem perſonæ feudum dantes in duplici diſcrimine: Aut enim ſunt Eccleſiaſticæ; aut Laicæ. De illis, utpotè dignioribus primum dicemus; eorumq́ vicißim hæc erit partitio, quod aliæ in ſummo, aliæ in medio, aliæ in infimo ſint dignitatis gradu.

III.

In ſummo gradu Pontifex eſt, ſic dictus, quod pontem faciat, hoc eſt, vitam oſtendat aliis bono exemplo vitæ & doctrinæ. c. inter. de offic. jud. ordinar. *& tamen nefarius, flagitioſus, omniumq́ vitiorum acervo cumulatißimus, nihilominus Pontifex erit, ſiq́ ſummus eſt, ei per omnia obediendum.* Anchar. in c. 1. de conſtit. in 6. Coraſ. 3. miſcell. 22. n. 6.

De quo tamen, an feudum dare poſſit, nonnullis dubium oritur *ex c. unic. de his qui feud. dar. poſſ.* in quo nulla fit mentio Pontificis: incluſio autem unius excluſio eſt alterius. *l. cum Prætor. ff. de judic. l. ex eo. ff. de teſtib. l. quæſitum. §. idem reſpondit. ff. de fund. inſtr. leg. l. in poſſeſſionem. §. 1. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Bald. huic dubio occurrens dicit, quod Papa ſe vocet Epiſcopum, atq; ita innuit, ſatis de eo expreſſum eſſe, cum Epiſcopi mentio *in d. c. unic.* fiat: *Jaſ.* rectius reſpódit, quod ideo textus mentioné non faciat Papæ, quia de eo nullum dubium erat, quin poſſet infeudare, quoniã, *ut*

Vuu 3. *in-*

inquit Papa Johannes 22. in extravagantibus: de consuet. super gentes & regna Romanus Pontifex à Domino constitutus est, adeoque *cum Nerone apud Senec. lib. 1. de clement.* dicere nec dissimili jure poterit: Ego ex omnibus mortalibus placui, electusque sum, qui in terris Deorum vice fungerer: Ego vitæ necisque gentibus arbiter, qualem quisque sortem statumque habeat, in manu mea positum est; quid cuiq; mortalium fortuna datum velit, meo ore pronunciat: Ex nostro responso lætitiæ causas populi, urbesque concipiunt, nulla pars unquam, nisi volente propitioque me floret: Hæc tot millia gladiorum, quæ pars comprimit, ad nutum meum stringentur, quas nationes funditus excindi, quas transportari, quibus libertatem dari quibus eripi, quos reges mancipia fieri, quorumque capite regium circumdari decus oporteat, quæ ruant urbes, quæ oriantur, mea jurisdictio est; ut vix dubitari de eo possit aut debeat, nisi forsan quem hoc suspensum teneat quod Pontifex se servum servorum scribat. Servum verò non posse feudum dare, quia pro mortuo habetur. *l. servitutem ff. de R. J.* Ergò multò minus dabit Pontifex, tanquam omnium servorum servus. Verum facilis responsio est, serio hoc à Pontifice non proferri, sed consuetudine magis, quam ratione certa, quoniam satis jure aperto definitum est, pontificis potestatem summam esse, & posse Imperium de gente in gentem transferri, ipsumque Imperatorem eligere & deponere pro arbitrio posse, sicuti *Innocent.* attestatur. *in c. venerabilem ext. de Elect.* quæ sanè notæ non servi, sed summi potentisque Domini sunt: Et ideò non ineptè notat *Prapos. in d. c. unic. n. 9.* quod non tàm simplex est administrator, ut alii Prælati, sed omnium Ecclesiarum Dominus, quod beneficio primum Constantini Imperatoris effectum est, sicuti apparet *ex c. Constantinus. distinct. 96.* quæ palea multum grani Ecclesiæ atulit. Cujus *canonis* authoritatem quanti fecerint Veneti, ex eo videre est, quod requisiti aliquando à Pontifice, ut titulum & jus, quo sibi dominium maris Adriatici asserrent, ostenderent, responderint, ipsos mirari, quod Sanctitas eius privilegium illud expostularet, cum tamen id sit penes ipsam, & in altera instrumenti parte, in quo *Constantini* donatio conscripta continetur, taxantes scilicet putidam fictamque hanc *Constantini* donationem esse: *vid. fulmen Brutum*, quâ utpotè fundamento

Ponti-

Pontificii Imperii sublata, ut & superiora tanquam falsa fictaq; corruant, necesse est.

IV.

In medio gradu sunt Patriarchæ, Archiepiscopi, Episcopi.

Patriarcharum ordo tempore Nicæni Concilii primi introductus est. Cum enim contentio esset de sessione inter Hierosolymitanum, Romanum, Constantinopolitanum, Alexandrinum & Antiochenum Episcopos, res tandem decisa est, ut Romæ veteris Patriarcha primum locum in Synodis; Constantinopolitanus secundum; Alexandrinus tertium, Antiochenus quartum, excluso Hierosolymitano obtineret; & sic numero quatuor essent generales, penes quos tanquam Cardines Ecclesiæ volveretur, ad quos controversiarum & Ecclesiarum cognitio & judicatio spectaret: Unde & œconomica Synodus his absentibus agi non poterat, ut etiam uno absente decreta Synodi ab aliis facta ipso jure nulla erant. Verum cum postmodum acres inter Romanum & Constantinopolitanum de præeminentia agerentur controversiæ, factum est; ut Romanus ab ordine Patriarchatus exclusus sit, & in ejus locum Hierosolymitanus substitutus, ita tamen, ut ultimum saltem obtineret locum. *c. renovantes. c. definimus. distinct. 22.* ut dubium esse non possit; quamvis Patriarcharum non meminerit Feudista *in d. c. unic. de his qui feud. dar. poss.* quin & illi feuda dare possint *Matth. de Afflict. in d. c unic.* De *Archiepiscopis* similiter contentio nulla est, quia eorum disertè meminit Feudista *in d. c. unic. in pr.* Dicuntur Archi-Episcopi exinde, quod Episcopis majores & superiores existant. *c. cleros distinct. 21.* Præsunt enim provinciis, quæ multas civitates complectuntur, unde *in d. c. cleros* dicitur, quod sit summus Episcoporum: tenet enim vicem Apostolicam, & præsidet tam metropolitanis, quàm cæteris Episcopis; licet in Synodis universalibus Metropolitanis cum Archiepiscopis præcipuè de jure visitandi, ordinandi, & exercendi jurisdictionem graves sæpè obortæ fuerint controversiæ, ut in Synodo Ephesina atrox controversia inter Cypriorum Metropolitanum & Antiochenum sublata est, qua Cypriorum Metropolitano jus suum restitutum est,

&

& in Chalcedonensi, controversia inter Nicænum & Nicomediensem composita est, ut Nicomediensis auctoritatem Metropolites haberet in Ecclesiis Bythiniæ: Nicenus verò tantum honorem, & sit subjectus Nicomediensi. Ex qua concertatione id tandem contigit, quod Patriarchæ, quorum fuit superior auctoritas, jus Archiepiscopatus ad se traduxerint, atque titulum Patriarchatus usurparunt, sicuti tradit *Joach. Steph. lib. 4. cap. 5. n. 78. de Jurisdict.* *Episcopi*, qui latinè speculatores dicuntur. *d. cap. cleros.* feuda sine controversia dant. *d. c. unic. de his qui feud. dar. poss.* Quod enim jus est Principi in territorio, hoc idem est Episcopo in suo Episcopatu vel diœcesi. Unde & illustris persona habetur Episcopus, & æquiparatur Præsidibus & Prætoribus Romanis, uti Comites & Marchiones. *notant Dd. in l. omnes populi. ff. de just. & jur.* quod intellige respectu administrationis, etiamsi Principes seculares magis proprietarii sint.

V.

In infimo gradu sunt Abbas, Abbatissa & Præpositus.

Quorum mentionem facit *d. c. unic. de his qui feud. dar. poss.* ABBAS dicitur Monasterii præfectus, sic dictus, quasi pater Monachorum. Nam cum Monasteria ab antiquitate ideò instituta sunt, ut juvenes à teneris annis in hæc cooptati studiis literarum & pietatis imbuerentur, ne occasione societatis politicæ luxu aut corruptelis à virtutis exercitio abstraherentur, ipsis Præfectus morum & studiorum Præceptor additus est, qui Abbas dicitur. *Abbatissa* vocatur, quæ Monialibus præest, quam Justinian. *Novell. 115.* jubet ab ipsis Monialibus electam, ab Episcopo confirmari, & ut ad gravitatem disciplinæ ætas conferat, constitutum est, ut sexagenariæ virgini hoc officium gubernationis committeretur, ne levitas ingenii juvenilis noceret publico decoro & honestati. *Præpositus* idem est, qui Oeconomus, hoc est, qui proventus Ecclesiasticos administrat, & secundum Episcopum plebi præest, *uti arbitratur Hottom.* quanquam horum distincta fuisse officia probabilius sit. Nam Præposito cura est prioratus super alios clericos in collegio cum jure potestatis. *c. quamvis. de V. S.* Oeconomo verò tantum concessa potestas administrandi

res Ecclesiasticas & Canonicorum. *l. jubemus C. de SS. Eccles.* meminit & Justinian. *in Novel. 67. §. 2.* ubi si diutius Episcopus Ecclesiam deseruerit, vetat Oecononum quicquam ei proventuum suppeditare, ac jubet eos potius in pios usus conferri. Verum hactenus dictis graviter adversari videtur *c. unic. in pr. de Episcop. vel Abbatiss.* Item si Episcopus vel Abbas, vel Abbatissa, vel Dominus plebis feudum dederit de rebus Ecclesiarum, quæ eis subjectæ sunt, & tituli vocantur; nullum habet vigorem, qui totidem propè verbis tàm contortè, & tamen tàm propinquo loco scriptus, *inquit Hottom.* perspicuè ostendit, aut non eundem utriusque textus auctorem, aut certè illum non satis in mentis potestate fuisse. Sententiam autem utriusque loci *cap. scil. unic. in pr. de his qui feud dar. poss. & d. c. unic. de Eoiscop. vel Abbatiss.* hanc esse arbitratur, Urbanum Papam per Synodum Placentinam perfecisse, ut deinceps non liceret Imperatoribus, sicuti antea factitatum fuit, nova Sacerdotibus, onera imponere alendorum equitum quibus autem jam olim imposita fuerant; quoniam bona Imperatorum pace deponere illa non poterant, ut ea patienter sustinerent. Quæ interpretatio à textibus illis planè aliena videtur, qui de feudis à personis Ecclesiasticis conferendis agunt, quodque indistinctè illis permittit, *c. unic. in fin. de Cler. qui investit fuer.* ut onerum consideratio intempestiva videatur: qua propter simplicius respondendum est, in *d. c. unic.* agi de titulis, qui primum erant certæ sedes Clericis attributæ, in quibus suum munus exercerent: posteà verò eo nomine prædia iis ad victum cultùmque adsignata appellabantur, quæ alienari Urbanus Pontifex vetuit, & rectè, quoniam proprio patrimonii jure ad Ecclesias spectant. *Cuiac. ad d. c. unic. de his qui feud. dar. poss.* Cuiusmodi generis res tanquam divino cultui mancipatæ, non debent prophanis usibus applicari: Omne enim, quod domino consecratur, sive fuerit homo, sive animal, sive ager, vel quicquid fuerit, sanctum sanctorum efficitur Domino, & ad ius pertinet Sacerdotum. *c. nulli liceat. 12. q. 2.* & ad usus humanos transferri nequit. *c. Deo semel dicatum. de R. I. in 6. c. mancipia. de rer. permutat.* & secundum leges, semel res sacra facta permanet sacra §. *sacra res. inst. de rer. divis.*

VI.

Sed ita demum Ecclesiastici feuda conferre poterunt, si Ecclesiæ illius, cujus curam gerunt, mos antiquus fuerit, ut ejus Prælati feuda dederint c. unic. in pr. de his qui feud. dar. poss. c. unic. Episc. vel abbat. *atque etiam res antiquitus infeudari solitæ fuerint, hoc est; si feudum antiquum ad Ecclesiam reversum fuerit.* arg. c. 2. de feud.

Quod enim interpretum sententiis variatur, quando res Ecclesiastica dicatur solita infeudari, id de eo saltem casu accipiendum est, quando non bono initio res Ecclesiastica in feudum data est: quo casu adhuc, ut talis dicatur, lapsus annorum 40. requiritur. *c. 5. de præbend. lib. 6.* ubi in beneficio secularibus adsignari consueto desideratur, legitima requiritur præscriptio, quæ in rebus Ecclesiasticis 40. annis finitur *auth. quas actiones. C. de SS. Eccles. c. de quarta. de præscript. Zas. p. 5. n. 52. de feud.*

VII.

Quæstio hic oritur: possitnè Prælatus rem ad se reversam & infeudari solitam, absque consensu capituli, alii in feudum dare?

Et certè in puncto juris teneri posset sententia negativa, *inquit Schneidew. p. 3. n. 28. de feud.* quia in omnibus actionibus concernentibus præjudicium Ecclesiæ requiritur consensus capituli. *c. quanto. de his quæ fiunt à præl. sine cons. capit.* ubi dicitur, quod in concessionibus & confirmationibus beneficiorum Ecclesiasticorum capituli consensus requirendus sit. Feudi autem antiqui infeudatio, confirmatio & continuatio esse videtur, quia respectu Ecclesiæ, etsi nihil de novo datur, id tamen, quod feudum fuit, alii confirmatur. *c. unic. ibi gloss. in vers. à minore. per quos fiat in-*

invest. Et ideò capituli consensus tanquam in confirmatione necessarius erit. Deinde regula est, quod omnis alienatio rerum Ecclesiasticarum Canonicè fieri debet. *c. final. de reb. Eccles. non alienand.* Atqui cum feudum ad Ecclesiam reversum alii de novo in feudum conceditur, eius utile dominium in alium transfertur; atque ita alienari videtur. *c. unic. vers. hujus autem. In quib. caus. feud. amitt.* ut omittam illud, *quod Alexand. 3. rescripsit Patriarchæ Hierosolymitano*, quod Episcopus & Canonici unum corpus sint, ita quod Episcopus caput, & Canonici membra esse probantur. *c. novit. de his quæ fiunt à prælat.* Unde non decet te (*subiicit ibid. Pontifex*) omissis membris aliorum consilio in Ecclesiæ tuæ negociis uti: quod ad propositum nostrum derivando non videtur decere, prælatum ut caput, membra cætera in concessione feudi omittere. Denique donare illis, qui rerum administrationem habent, non permittitur. *l. Lucius. §. final. de administr. tut. c. fraternitatem de donat.* cum autem Episcopi & Prælati rerum Ecclesiasticarum administrationem saltem habeant. *d. c. fraternitatem* rem Ecclesiæ in feudum dare, quod donare est. *c. unic. vers. inprimis, in quib. caus. feud. amitt.* haud poterint. Verum his non obstantibus contraria sententia verior est, quam videtur satis confirmare *c. 2. extr. de feud.* ubi dicitur: quod Prælatus feudum ad se reversum *liberè* alii in feudum dare potest. Particula enim *liberè* nullius consensum requirere videtur: quod enim liberè possum, sic videor posse, ut etiam alio invito aut inscio id expedire queam, quod probant. *c. 2. ibi: liberè deferre. de arbitr. in 6. c. licet Episcopus. in verb. liberè. ibid. Archidiacon. de offic. ordin. lib. 6.* Constat insuper, quod per hanc infeudationem nullum damnum inferatur Ecclesiæ; quia quo modo prior Vasallus feudum habuit, eodem & non alio alter accipit. *c. unic. in pr. de his qui feud. dar poss. c. unic. vers. profectò ille de lege Corrad.* Et per consequens opus capituli consensu non erit. *c. ad nostram. de reb. Eccles. non alien.* Ex quo tertium argumentum profluit; quod cum hæc infeudatio rerum infeudari solitarum non sit nova, sed veteris continuatio, vel *ut loquitur Curt. p. 2. q. 2. n 8. de feud.* non sit nova alienatio, sed potius primæ executio, relinquitur quod solennitates in alienatione necessariæ *c. final. de reb. Eccles. alienand.* in hac infeudatione non requirantur. A qua sententia non dimovebunt nos argumenta,

quæ pro sententia contraria adducta sunt. Nam quod primum attinet; procedit id, *sicuti ex allegato capit. quanto constat*: quando ad earum rerum concessionem vel confirmationem obligationum Prælatus accedit, quarum de novo suscipitur vinculum, quo in casu nos non versamur; quia res eas infeudat, quæ jam antea capituli vel longissimi temporis accedente consensu infeudatæ fuerunt: à quo principio, si posterior formetur eventus, *juxta l. 8. ff. Mandat.* & in secunda infeudatione capituli consensum adesse interpretamur: nam juxta voluntatem ejusdem eodem modo & lege, qua primitus feudum concessum est, datur. *c. unic. vers. profectò ille. de leg. Corrad.* Ad secundum argumentum dicimus, quod hæc feudi secunda infeudatio non propriè sit alienatio, quia nihil aliud per eam transfertur, quam quod per primam translatum fuit, & ideò potius prioris executio est, *juxta Curt. d. q. 2. n. 9.* Non etiam officit objectio tertia: cum quia videtur adesse consensus capituli; quia primæ infeudationis ad instar secunda hæc fit: tum etiam, quia prælati jura alia sunt, alia capituli. *c. edoceri, de rescript.* tum etiam, quia eatenus unum sunt corpus, quatenus de rebus Ecclesiæ quid alienatur. *c. fraternitatem. de donat. c. ad nostram. de reb. Eccles. alien.* quod hic non fieri diximus, quia feudum quod renovatur, jam antea capituli consensu in alios translatum fuit; atque hoc ipso & ultimum argumentum resolvimus, quia nihil donat Prælatus, sed donatum à capitulo confirmat.

IIX.

Quæstio autem inter nostros quoq; hæc agitatur; an personæ Ecclesiasticæ suis consanguineis etiam feuda ad se reversa conferre possint?

Sicuti apparet *ex Zas. part. 5. n. 51. Intrigiol. c. 53. n. 29.* qui testantur, communiter à Dd. tradi, posse etiam consanguineis, dummodo Ecclesiæ non onerosis, ea concedi: quanquam *Decius consil. 131. n. 2.* existimaverit, sciri non posse, quæ sit verior & communior opinio, idque propter *Novell. 120. c. 5.* Oeconomis verò, *inquit Justinian.* ut reliquis venerabilium locorum ordinatoribus &c

& parentibus, verum & filiis, & aliis, qui per genus eis, vel nuptiarum iure coniuncti sunt, interdicimus Emphyteusin concedere. Ab Emphyteusi autem ad feudum argumentum rectè ducitur. *Nicol. Everh. in top. leg. in loc. ab Emphyt. ad feud.* Et consequenter quod de Emphyteusi negatur, censebitur & de feudo negatum esse. Et quanquam vix sit, qui huic argumento respondeat; stabimus nihilominus ab affirmativa sententia: cum quia *in cap. final. ext. de feud.* dicitur; quod feudum ad Ecclesiam reversum *liberè* prælatus concedere, cui velit, possit. Verbum autem *liberè* idem significat, ac si dicatur, sine ullo impedimento. *Decius d. consil. 181. n. 1.* tum quia ordinata charitas incipit à se & suis. *arg. l. si præses. C. de servit. & aqua. can. non satis est. distinct. 86.* Non obstat argumentum ab Emphyteusi deductum; quoniam in illa est ratio diversa à feudo: nam pro Emphyteusi dandus est canon, quem verosimiliter vinculum sanguinis magis diminuet, quam augebit, sicque in fraudem Ecclesiæ ea verget. Unde *Alciat. 1. de præsumpt. 29. n. 1.* dicit, quod alienatio facta per Prælatum in consanguineos, præsumitur non in Ecclesiæ utilitatem facta, sed potius ipsorum consanguineorum: Et dicit *Bald. in l. tutor peritus. §. 1. de Excusat. tutor.* per illum textum ibi colligi argumentum, quod Papa conferens beneficium consanguineis, præsumitur fecisse ex affectione carnis, non ex revelatione spiritus, quoniam *ut ait gloss. in c. pervenit. 1. q. 3.* Episcopi & Prælati sunt cæci circa nepotes & alios consanguineos. Pro feudo autem canon non datur, sed gratis & benevolentia, non pecunia concedi solet. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* Et consequenter præsumptio illa diminutionis cessat, nec impedit servitia præstari, quorum remissionem consanguinitas haud difficulter obtinebit, *inquies*, quoniam non potest Prælatus alia conditione feudum concedere, quam qua antiquitus ex consuetudine dari consuevit. *c. unic. in pr. de his qui feud. dar. poss. c. unic. verb. profectò de leg. Corrad.* Et ideò si res consueta sit in feudum dari, usque ad tertiam generationem masculinam, & Prælatus det etiam usque ad tertiam generationem fœmininam: vel ad tempus dari solitam in perpetuum dederit, concessio non valebit. *Iacob. de Belviss. in c. unic. in pr. de his qui feud. dar poss.* quo casu, an in totum, vel saltem in mutatis corruat feudum? dubium est: Et communis opinio in mutatis saltem cor-

ruere pronunciat; quia in separabilibus utile per inutile non vitiatur. *l. sancimus.* C. *de donat. l. hac consultißima.* §. *ex imperfecto.* C *de testam.* Ex argumento Emphyteusios Ecclesiasticæ, quæ quidem ultra duos hæredes extendi nequit. *c. Emphyteusin. autem 3. Novell. 7.* quod si autem ulterius producta sit, puta in tertium, stabit usque ad duos *d. c. 3. vers. neque illud. Nov. 7.* quod confirmare videtur etiam *d. c. unic. vers. profectò. de leg. Corrad.* tenendo scilicet, quod ultima opinio sit approbata. *arg. gloß. in l. qui filium. §. Sabinus ff. ad Trebell.* Verum contra hanc communem alia est particularis, innixa fundamento *d. c. Emphyteusin autem in pr. vers. aliter autem. Nov. 7.* ubi dicitur; quod nullum penitus habeat robur Emphyteusis ultra duos hæredes extensa. At si communis opinionis ductum sequi libeat, responderi potest; id non referri ad Emphyteusin, totam, sed ad id saltem, quod excessum continet, uti manifestè constat *ex sequenti vers. neque illud.* ut sensus sit; penitus robur nullum habere Emphyteusin concessam ad tertiam generationem, respectu excedentis tertiæ generationis; consistere tamen usque ad secundam. Et communem sequitur Clar. §. *feudum q. 13. n. 8.* ubi ex Curt. Juniore *p. 2. q. 6.* eam communem esse testatur Mozz. *tit. de his, qui feud. dar. poss. num. 9.* Intrigiol. *d. q. 53. q. 71.*

IX.

Et tantum de personis Ecclesiasticis: sequuntur Laicæ, quæ sivè mares sint, sivè fœminæ, nihil intererst. Mares vel ratione, alicuius superioritatis, vel nullius feuda concedunt. Superioritatis tres gradus constituo; ut alius sit summus; alius medius; alius inferior.

X.

In summo gradu est Imperator.

Quod olim verbum Castrense ac militiare fuit, quo Dux exercitus post aliquam insignem victoriam donabatur à militibus; sed posterioribus temporibus Princeps Romanus eo nomine ap-

ne appellatus est, qui & ideò vel Princeps vel Imperator promiscuè in legibus nominatur. *l. Princeps. ff. de legib. l. Imperator Severus. ff. de in diem addic. cum simil.* uti & jure feudali. *c. unic. in pr. quis dicat. dux March. &c. c. unic. vers. his enim. si de investit. int. dom. & Vasall. lis oriatur.* quem quidem feuda dare posse non est dubium *c. unic. de his qui feud. dar. poss.* Et non saltem bona patrimonialia & propria, verum etiam Imperii, nisi in præjudicium ejusdem magnum infeudatio vergeret. *Sas. de his qui feud. dar poss. n. 15.* Illa quippe tanquam Imperatoris juramento contraria, quo se rem imperii auctorum spondet, improbanda erit.

XI.

Quæri hic à nonnullis solet, an bona subditorum auferre, & aliis in feudum dare possit?

Quod affirmare putidum fuerit: boni quippè Principis hoc unicum & proprium quasi lucrum est, & instar infinitorum aliorum, omnia sic facere, ut in ipso Imperii tempore, & post id justitiæ ac bonorum omnium à subditis testimonium habeat, quod vix obtinebit, si subditos rebus suis exuere velit: quia ideò contractus jure gentium introducti sunt, ut quod mihi abest, tibique adest, per legitimum contrahendi modum consequi possem *l. 1. ff. de contrah. emt.* Quapropter si benemeritis alicujus Princeps urgeatur, quæque haud aliter, quam privatorum rebus demereri possit, ex natura contractuum aut pretium, aut rem subditis placentem offerat; quo casu nec permiserim Principi justo, ut subditis invitis res eorum teneat: qui enim in contrahendo accedit consensus, liberrimus esse debet *l. 5. C. de O. & A.* Et ideò nec potest aut debet cogi. Excipio casum utilitatis publicæ; ut si urbis angustioris mœnia extendi publica utilitas & necessitas postulet, eique contiguum possideat privatus prædium (sine quo id fieri nequeat) is quidem si se utilem patriæ civem demonstrare velit, pretio justo distrahere non subterfugiet: quoniam hæc urbis extensio publicè utilis in distrahentis quoque utilitatem verget: sin verò morosior sit, & ab invito, refuso tamen pretio. *Felin. c. quæ in Ecclesiarum, n. 26. & seqq. ext. de constit.* id auferri posse

posse crediderim, quoniam juris noti est, privatorum causam publicis commodis cedere debere. *c. imperialem. in pr. de prohib. feud. alien. per Frider. l. si quis gave. §. utrum ff ad SCtm Syllan. l. unic. § final. C. de Cad. toll.* & publici commodi gratia à regulis juris communis deflecti, multaq; permitti, quæ aliâs interdicta & prohibita sunt. *l. ita vulneratus. vers. multa ff. ad L. Aquil. l. Barbarius. de offic. Prætor.*

XII.

In eodem superioritatis gradu Reges sunt, superiorem non recognoscentes; ut sunt Galliæ, Hispaniæ, Angliæ, &c.

Qui in suis regnis jura majestatis habent, & pleniore utuntur jure, quàm Imperator in imperio. Spes enim certa est, eorum hæredes solium Regium habituros; cum tamen Imperatoris electio dependeat ex arbitrio Electorum. *c. venerabilem de Elect. & elect. potest.* Cujus intuitu multa constituunt, faciuntque quæ vix approbationem successoris mererentur, si non ex successione ipsis certus hæres esset, qui cum filius sit, aut proximè conjunctus, parentis aut proximioris acta gestavè non facilè rescindet. *l. ea quæ à patre. C. de restit. milit.* Regium hoc nomen pro Imperatorio usurpant Feudistæ, *ut patet ex unic. §. 1. de his qui feud. dar. poss.* ex quo quantum à Romana consuetudine abhorreant, intelligi potest *ex Livii lib. 27.* circumfusa inde multitudo Hispanorum *ait*, & ante deditorum, & pridiè captorum, Regem cum ingenti consensu appellavit. Tum Scipio silentio per præconem facto, sibi maximum nomen Imperatoris esse dixit, quo se milites sui appellassent: Regium nomen alibi magnum, Romæ intolerandum esse. Quamvis si posteriora tempora consideraverimus, feudistarum etiam hanc usurpationem Romanis Imperatoribus non improbari cognoscere licet. Sic enim Justinianus *in l. final. C. de legib.* censum Imperialem vocat regalem: sic idem *in l. benè à Zenone. C. de quadr. præscript.* culmen Imperiale nominat regale; quàm etiam Pontifices expresserunt. Sic à Pontifice *in c. inter dilectos extr. de fid. instrum.* scriptum Cæsaris appellatur scriptum regiæ majestatis, & *in cap. sollicitæ. extr. de major. & obed.* Rex pro Imperatore

ratore ponitur, & imperialis potestas regalis nominatur, non alia scilicet de causa, quam quod regis potestas Imperatori æqualis ad ejus exemplum omnia possit, & ideo simili jure tàm sua, quàm regni jura infeudare poterit. *Curt. Jun. p. 2. de feud. laicor. n. 7. Schrader. p. 4. c. 1. n. 44. de feud.*

XIII.

Atq; in hanc superioritatis classem illi vocandi sunt, qui superiorem non habent, ut VENETI.

Quorum libertas triplici innixa fundamento ab alto alios quasi despicit. Primum est, *ut dicit Bart in l hostu. de captiv. & postlim.* in præscriptione 2. ex privilegio, quod testatur se vidisse *Guil. de Cuneo*, sicuti refert Jason. *in l. 1. C. de summ. Trinit.* 3. ex eo, quia civitas est in mari ædificata: Ædificium autem cedit ædificanti, non aquis vel mari *Bald. in rubr. de rerum divis.* De FLORENTINIS idem dicit *Curt. Jun. d. p. 2. de feud. laicor. n. 8.* qui ex præscriptione sola aliorum non agnoscunt superioritatem, ut dicit *Bartol. consil. 81. vol. 1.*

XIV.

In medio gradu sunt Dux, Marchio, & Comes.

Quorum meminit Feudista *in c. unic. quis dicat. Dux Marchia, &c.* Qui à principe de Ducatu aliquo investitus est, Dux appellatur. *d. c. unic in pr.* significatione planè diversa à veteri, qua olim apud Romanos Duces pro ductoribus exercituum dicebantur, ut ostendit *Hottom in lexico.* Marchio à voce Germanica Marck descendit, qua limes significatur. Isque dicitur, qui certo regni limiti cum imperio præest, ut est Marchio Brandenburgensis, quem primum constituit Henricus Saxo Romanorum Rex, *uti auctor est Albert. Crant. in sua Vandal. lib. 3. c. 16.* Marchio Styriæ, Moraviæ, Badensis: quam ipsam derivationem vocabuli rectius hodiernis temporibus Margraviorum usitatum nomen confirmat. Gravio enim sive Graphio judicem significat, ut constat ex *Aventini lib. 3.* Præfectus, ait, quem Franci Graphionem

nem vocant, &c. Inde Pfaltzgravii, id est, Palatii judices; Landtgravii, id est, limitis judices, Burggravii, id est, arcis præsidiique præfecti & judices; Rhenigravii, id est, Rheni judices, ut vero simile sit, Marchiones vel Marggavios rectè dici, quod Marchæ vel limites præfecti seu judices sint. Comes dicitur, qui de aliquo Comitatu investitus est. *d. c. unic. quis dicat. Dux Marcb. &c.* cujus vocabuli originem ex eo fluxisse arbitratur *Cujac.* quod vel sacrum comitatum, qui est Imperatoris comiter observaverint vel quod ex eo comitatu mitterentur. Quicquid sit, in libris feudalibus Comites pro judicibus accipiuntur, & ideò *in c. unic. § si judex. 2. de pac. tenend.* qui in principio judex appellatur *in vers. si duo.* Comes dicitur. Unde *in §. 5. ejusd. tit.* palatium Comitis pro foro judiciali accipitur: quæ nomina olim muneris & administrationis erant. Verum mutata Imperii forma, & provinciis in feuda commutatis, quæ nec lege, nec delectu ad tempus præscriptum, sed successione hæreditaria transferuntur, & gentilitia facta sint, Ducatus, Marchionatus, Comitatus patrimonii nomina facta sunt, ita ut revocari non possint, cum Principi libet, sed ad successores deveniunt. Et ideò quamvis recognoscant superiorem, tamen communi Doctorum suffragio tantùm eos in suis territoriis posse traditur, quantùm Imperatori in Imperio licet. *Paul. de Castr. consil 225. Roland. à Vall. vol. 1. consil. 86. n. 20. & seqq. Curt. Jun. d. loc. n. 6. Schrader. p. 2. sect. 10. num. 36. de feud. Pruckman. consil. 13 n. 82.* De cujus tamen dicti veritate meritò quis addubitaverit, imò simpliciter falsum esse dicere licet: quis enim est; qui quam plurima Imperatori in signum supremæ potestatis reservata esse ignoret, quæque consequenter ab eo solo in Imperio, & non alio, nedum à Principibus inferioribus expedire fierique poterint. Atque hæc est decisio specialis *Petri de Ancboran. consil. 327.* ubi dicit, quod licet Dominus Veronæ sit generalis Vicarius Imperatoris, non tamen famæ restituere poterit, quia in generali commissione tales casus non veniunt. *c. final. de offic. vicar. in 6. l. 1. de offic ejus cui mand. est jurisd.* intentioque est *Felin in c. Ecclesiarum. n. 32. de constitut.* Quicquid sit, in proposita materia veritatem ejus dicti accipere licet. Possunt enim hi adinstar Imperatoris feuda concedere; & quia in pari cum superioribus sunt dignitatis gradu; Landtgravii, Burggravii, & Rheingravii, du-

dubium quoq; nullum est, quin & illi feuda concedere possunt.

XV.

In gradu inferiore valvasores maiores sunt.

Sic dicti à valvis, quod ad valvas Dominorum custodiæ & reverentiæ causa stent, ut notant Interpp. *in c. unic. de his qui feud. dar. poss.* quos ineptè sic sentire dicit *Petr. Frider. Mindan. de mandat. judic. lib. 2. c. 42. n. 3.* qui eius vocabuli originem deducit à Germanico Wall id est, Agger, propugnaculum, munitio: & Vest/ id est, firmus, & Vestung/ id est, fortalitium: Hinc Valvasores, quasi Walvestung/ quibus arx aliqua vel fortalitium committebatur, una cum subjecto proximo aliquo minore tamen quam comitatus esset, districtu & jurisdictione, quos ex *Baldo* nonnulli volunt esse eos, quos hodie Barones dicimus, & nobiles eminentiores: quos similiter feudum dare constat. *c. unic quis dicat. Dux, Marcb. &c.*

XVI.

Nullius superioritatis ratione feuda concedant Valvasores minimi, vel Valvasini, vt sunt plebei & pagani.

c. unic. de nat. feud. justum quippe est, cuilibet de rebus suis disponendi licentiam concedere. *l. nemo exterus. C. de juda. l. in re mandata. C. mandat.*

XVII.

Idq; eo usq; communi nostrorum voto extenditur, vt etiam rustico bona sua allodialia in feudum concedere permittatur.

Zas. p. 2. n. 31. Schrader. c. 1. n. 57. p. 4. de feud. De quo tamen dissentiunt nonnulli; inter quos est *Loriotus ut in commentar. feudor. tit. de his qui feud. dar. poss. in vers. Marchio. Duar. c. 6. de feud.* quam sententiam in stricta disputatione magis sustentabilem esse dicit. *Curt. Jun. de feud. laicor. n. 12.* insequentibus argumentis moti, 1.

ti 1. quia in *c. unic. de his qui feud. dar. poss.* enumerantur certæ personæ, quæ enumeratio supervacanea foret, si cuilibet feudum dare concederetur. *arg. l. prætor. ff. de jurisd.* 2. quia feudum ob fidelitatis formam, quam desiderat, & jurisdictionem, quam transfert, publici juris est, & per consequens extra privatorum commercium. *l. 3. ff. qui testam fac. poss.* 3. quia etsi quilibet rerum suarum arbiter sit, id tamen ita intelligendum, si videlicet modum arbitrandi personæ qualitas admittat. Sic sacrum nemo, quamvis rerum suarum liberrimus Dominus sit, sua auctoritate constituere potest. §. *sacra res. inst. de rerum divis.* Similiter itaque & Rusticus, quamvis de rebus suis pro libitu constituere poterit, tamen propter personæ qualitatem easdem in feudum non dabit. Nam feudo inest jurisdictio. *c. unic. vers. penult. de probib. feud. alien. per Frider.* quam privatus acquirere consensu privati non potest. *l. privatorum C. de jurisdict.* & feudo inest dignitas *Matth. de Afflict. n. 5. in pr. de his qui feud. dar. poss.* quæ non alia rustici est, quam si stivam benè tractare noverit. 4. quia in *c. unic. in pr. per quos fiat investit.* negativa quidem hæc extat conclusio, quod non habens rerum suarum administrationem, in feudum dare nequeat. Verum ab illa negativa ad affirmativam non valet collectio, nisi per modum argumentationis à sensu contrario, quam haud facilè extorseris illis, cum sensum, *ut ipsi autumant*, absonum foveat. 5. Subinfeudatio rustico quidem licet *c. unic. §. similiter de lege corrad.* quoniam ea non diminuitur, sed crescit imperii dignitas, cujus valdè interest, ut cum necessitas exigit, plurium Vasallorum opera & labore defendatur, nec tamen tàm respectus ad subinfeudantem, quam primum infeudantem habetur, quę ratio cessat in rustici infeudatione, qua imperii dignitas contaminatur, cum res omnis ab eo dependeat. 6. quia feuda sunt plerunq; clientelæ militares, quibus si rustici munirentur, pro natura eorũ facilè occasiones rebellandi sumerent, quibus cum nihil periculosius sit, meritò omnis ei præcidenda ansa erit, & consequenter, ne per Vasallorum adjumentũ vires acquirunt, infeudatio omnis interdicenda erit. Verum si quis communem opinionem tueri velit, respondebit argumento primo, quod textus feudales sibi invicem conjungi debeant, ita ut si quid uno omissum constet id altero suppleatur: quod si in proposito fecerimus, constabit ex

con-

conjunctione *c.unic.quis dicat dux March.& c. c. unic.de natur. feud.* cum *d.c.unic.de his qui feud. dar.poss.* etiam valvasores minores, vel valvasinos feuda dare posse: illi autem sunt plebei & pagani. Secundum argumentum est Lorioti. Verum deviat; nec enim feudum publici juris est, ut dicimus illa esse, quæ extra privatorum sunt commercium sed saltem respectu præscripti consuetudinibus feudalibus modi sic perhiberi potest,ut qui feudum dare velit, qui itidem accipere, juxta formam moribus feudalibus id agant: sicuti testamenti factio dicitur publici juris. *d. l. 3.ff.qui testam.fac.poss.* ad hoc scilicet,ut qui facere velint testamentum, juxta leges & publico jure præscriptum modum id condant, non verò ut sit privato ademptum. Tertii argumenti propositio vera est,verum ejusdem transgressio & assumptio,quæ fit ex qualitate rustici à feudi jurisdictione, ut dignitate non admittitur, quoniā jurisdictio hæc non rustico, uti & dignitas feudalis privatorum consensu tribuitur,sed moribus feudalibus: nam cum illi rustico feudum dare permittant,& consequenter eidem annexam jurisdictionem & dignitatem ut largiantur necessum est, *arg.l. 2.ff.de jurisdict.* Quarta oppositio non admittit argumentum à contrario sensu, quoniam absonum alit intellectum hoc, quia controversum est. Nam de eo disquirimus, sitnè absonum rustico permittere dare feudum nec ne; ideo attendi non debet. Quod quinto loco adferebatur à subinfeudatione.& in ea respici poteris primum infeudantem, quàm subinfeudantem, falsum esse patet *ex c. unic. §. illud de probib. feud. alienat. per Frideric.* in quo statuitur,quod si delictum in personam ipsius domini committatur à subvasallo, feudum non reverti ad dominum, sed ad eum, à quo delinquens habebat, ut sic satis appareat; magis respici subinfeudantem, quàm infeudantem: Et verùm non est,rustici subinfeudatione Imperii dignitatem contaminari, cum ea Imperium non minus quàm aliorū liberalitate conservari possit. Quod ultimo loco proponebatur, hoc modo ostendi rusticis,& præberi occasionem rebellandi; continet fallaciam accidentis: nec enim probat adesse,quod ab hoc contingit abesse,ut nostri loquūtur *l penult.C.und.cognat.l.neq; natales.C.de probat.* Ex quibus satis constat,ab impetitionibus superioribus communem sententiam salvari posse: pro cujus confirmatione hæc proferri solent argu-

menta. 1. quia unusquisque est moderator & arbiter rerum suarum, *d.l. in re mandata. C. Mandat l dudum. C. de contrah. empt.* 2. quia rusticus pleno jure rem suam in alium transferre potest. *§. per traditionem Inst. de rer. divis.* Ergò multò magis in feudum dare, quia ejusdem proprietatem retinet. *c. unic. §. final. in quib. caus. feud. amit.* Verum si quis scrupulosius eadem exagitare voluerit, habebit haud dubiè, quod iis respondere poterit: quoniam rustico propterea libera rerum administratio non adimitur, si modum ei administrandi res suas constituamus; pari quippe nec dissimili modo easdem sacras facere posset, si argumentorum generalitas obtineret: qua propter data fallentia cessat eorundem vis. 3. fœmina novi feudi investituram facere potest. *d. c. unic. vers. fœminam. per quos fiat investit.* non autem distinguitur, sitne ea nobilis vel ignobilis. Ergò multò magis masculus poterit. Sed ne hoc quidem argumentum satis urget. Nam præterquam quod magna dubitatio olim fuit, an fœminis feuda concedendi jus esset *d. c. unic. vers. fœminam & vers. pleriq; consentiunt.* ut vero simile non sit, ad rusticas is traductum esse, tamen stante concessionis facultate, eam pro conditione accipimus, ut qui ex illis poterint, & ad similitudinem eorum fœminæ, de maribus rusticis quæritur. Ergò à fœminis, de quibus jus controversum est, ad illos, ut jus certum habeamus, argumentari fas non est. 4. Feudum concedere nihil aliud est, quàm Vasallum beneficio afficere. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* Rusticus autem, quin donare, & in alium beneficia conferre possit, nulla impedit ratio: Verum nec hoc argumentum, si penitius examinare libeat, subsistet. Nam ut supra dictum est, poterit id pro libitu, si non qualitas personæ repugnaret. Deinde beneficium simplex feudum non est, *d. c. unic. in fin. In quib. caus. feud. amit.* quoniam pro eo honor & servitia domino debentur, quæ rustico, præsertim si honoratioris conditionis homini concederet, non conveniunt. 5. Opinionis contrariæ quintum argumentum invertunt: subinfeudare potest rusticus. *d. cap. unic. §. similiter de leg. Corrad.* Ergò multò magis infeudare: quoniam posteriore casu de suo, priore de alieno disponet, cujus similiter argumenti vis infringi potest: nam quamvis subinfeudando respectus aliquis habetur ad eum, qui subinfeudat, non tamen negari potest, ad infeudantem magis respici, utpote cujus liberalitate

feudum incepit: Hinc dici solet, ab origine prima posterior eventus formatur. *l. unic. C. de imponend. lucrat. descrip.* Non obstat huic responsioni *d. c. unic. §. illud de probib. feud. alien. per Frider.* quia ejus ratio dependet ab ordine successivo, ut scilicet feudum non protinus ad superiorem, sed medium deveniat, qui non deliquit. Verum cum superior dedit in feudum, & ut feudum sit, feudum fecit: non verò rusticus, qui subinfeudat, non mirum si subinfeudare potest, quia res jam feudalis est: non mirum verò prohiberi infeudare, quoniam rei novæ adderetur qualitas, quæ à rustici persona est alienior. Restat argumentum ultimum, valvasini dare feuda possunt. *c. unic. vers. qui autem. quis dicat. Dux March.* Illi autem sunt plebei, ut loquitur *vers. cæteri verò. d. tit. quis dicat. Dux March.* Ergo. quod quidem argumentum cæteris videtur melius esse, utpotè à genere ad speciem deductum, verum si tamen respondere velis, plebejos feuda dare posse, non tamen in universum omnes promiscuè, haud absonum videtur, sicuti dicimus, homines loqui, ire, nec tamen omnibus sub homine comprehensis convenit (multi enim sunt muti, claudi) ita plebei quidem feuda dant, si non qualitas quorundam repugnet, quod de rusticis jam probavimus. Quapropter ne hac in re hæsitemus, loci cujusque consuetudo, utpotè juris controversi optima interpres. *l. 37. de legib.* inspicienda erit, qua si rustico concedatur, communis opinio magis confirmatur: sin denegatur, nulla ratio est, quo minus à communi opinione recedamus.

XIIX.

Et tantum de maribus dixisse pro instituto satis erit. De fœminis supra tactum est: & sunt, qui eas feuda dare non posse existimant.

1. Quia valdè indecorum est, ut fœminæ viris imperent, cum im-

imperare sit ejus, qui est perfectioris naturæ; cujusmodi est MAS *ex sententia Philosophi.* Hærent quippe fœminæ in rebus minimis, & natura imbecilles sunt, ut si quando contingeret, eas bello urgeri, non satis considerate belli negotia tractarent, facilique occasione Vasallos læderent, quod ipsum prudentissime considerantes Romani fœminas omni jurisdictione exclusas esse voluerunt. *L. 2. ff de R. J.* quam tamen in vasallos consequerentur, si ipsis feuda dare permitteretur: quodque tantò magis ipsis negandum suadet paritas illa militaris clientelæ, quæ inter dominum & Vasallum est. Si enim constat Vasallum offendi, necessum est, ut fœmina patrona suum clientem manu defendat. *c. unic. in ff. de form. fidelit.* quod tamen fœmineo sexui innata imbecillitas denegavit, ut experientia quotidiana constat; & leges civiles in tantum id improbant, ut cœtui virili se immiscentes fœminæ parum pudicæ existimentur. *l. 1. §. 5. vers. sexum. ff. de postuland.* Deinde jure Longobardorum, à quibus feudorum mores deducimus, fœminæ in perpetua tutela erant, sicuti & legibus Romanorum salubri temperamento consultum fuit; quod ne privatam quidem rem fœminæ, nisi auctore patre, fratre, vel viro tractare potuerint, uti refert *Alexand. ab Alex. lib. 4. cap. 8.* atque his ipsis forsan de causis jus hoc de feudis concedendis fœmineum controversum fuit, sicuti constat *ex c. unic. vers. fœminam quoque per quos invest. fiat.* ubi notat *Hottomann.* quod ait *Feudista*, plerosque consentire novum à fœmina constitui feudum posse; argumento est, nonnullos in contraria fuisse sententia, & quia plerique consentiunt, eorum valebit ex moribus utentium pro jure decisio; sicuti & aliàs id, quod crebriore consultorum calculo receptum legimus, pro jure valere cognoscitur *ex l. si quando 17. §. 1. ff. si servit. vindic. l. unic. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. l. 31. §. final. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 12. §. 25. ff. de instr. vel instrum. legat.* Et ideo consuetudo fœminis dandi feuda potestatem tribuens, recipi debet. Unde Anglis in more positum scimus, ut fœminæ in regno succedant, & consequenter ab iis omnium feudorum subsistentiam dependere. JOANNAMque Siciliæ reginam in regali solio sedentem, sententiamque pro tribunali ferentem *Angelus* se vidisse refert: Et in Reginam Francorum aliquando compromissum esse legimus *in c. dilecti. de arbitr.* Abbatissamque jurisdictionem ha-

habere, & administrationem dignitati suæ annexam summus Pontifex scribit *in c. indemnitatibus de Elect. in 6.* Et Feudista disertè eandem feudum dare posse asserit *in c. unic. de his qui feud. dare poss.* quod etiam juri civili congruit; Ex quo fœminæ donare possunt. *l. donationes 38. §. 1. ff. de donat.* ita ut donantibus SCtum Vellejanum non subveniat *l. sed si ego. §. 1. ad SC. Vellejan.* potestque hæc res larius ornari ex illis, quæ habet *Anton. de Guevaza in suo Horolog. Princip lib. 2. cap. 7.* ubi subjicit, cum fœmina corpore & anima, perinde ut vir constet; cum ratione æquè ac vir utatur; cum vitam mortemque cum viro communem habeat; cum generationi non minus atque vir apta nata sit, iniquum fuerit, eas non æquè ut viros ad feudorum concessionem admitti. Qua de re pluribus agunt *Petr Gregor. Tholosan lib 7. de Republ. cap 11. Johan. Casus in sphæra contempl. lib. 1. cap. 4.* Ad argumenta in contrarium adducta responderi potest, & quidem ad primum; turpe quidem esse, ut fœminæ viris in vita domestica imperent; quo nomine *Achai* notantur, apud quos viri parebant, fœminæ imperabant; idque hoc pacto, *quemadmodum Plutarchus de consolatione dicit*, fiebat ut maritus domum purgaret, lectum sterneret, vestem lavaret, mensam instrueret, cibum appararet, aquam præberet: contra verò uxor rem familiarem administraret, negocia expediret, pecunias tractaret, & ad iram commota non solum verba illi contumeliosa, sed manus etiam violentas afferret. Verum apud alias gentes, & præsertim Romanos usque adeo infame fœmineum Imperium fuit, ut cum belli Mithridatici tempore Coss. præciperent equitibus veteranis, ut omnes in militiam cum Sylla Consule proficiscerentur, & nuncius hujus edicti in domum quandam, absente viro, ad uxorem venisset, eiq; mandatum suum exposuisset, Respondisse illam; virum suum in militiam ire nec debere, nec posse, & ut maximè vellet, se id neutiquam permissurum: quo responso nuncius obstupefactus, Senatus universus vehementer offensus jussit, ut vir in exilium iret, uxor in custodiam duceretur, non ob detrectatam militiam, sed quod viro uxor imperaret, isque sibi ab uxore imperari pateretur. Verum turpe haud æquè fuerit, si legibus aut moribus fœminis, quas natura sæpè solertes, industria literatas, educatio pias, experientia sapientes facit, publici regiminis administratio concedatur: quippe corporis im-

becillitas aut mollities in fœminis, illas non magis, quàm senes aut infirmos à mercede virtutis, id est, honore & regimine secludere debet, præsertim cum ipsis præclusa virtus non sit, sed omnes admittat, nec sexum aut censum eligat, multæ auditæ & visæ Reginæ fortes, cautæ, castæ, quæ virilibus curis fœminarum vitia exuerant, *ut ait Tacit lib. 6. Annal.* Exemplo sit Semiramis uxor Nini, quæ post obitum mariti mentita sexum virilem, magnas res gessit, quarum amplitudine superata invidia, quæ esset, fassa est, quem vè simulasset: nec hoc, *inquit Justin.* regni dignitatem ei ademit, sed admirationem auxit, quod mulier non fœminas modo virtute, sed etiam viros anteiret. Hæc Æthiopiam regno suo Assyrio adjecit; Indiæ bellum intulit, quò præter illam, & Alexandrum Magnum, nemo intravit, regno 42. annis potita. Cui æquiparari debet illa Massagetarum Regina Tomyris, quæ mortuo marito, Medorum regem Cyrum, cum exercitu Persarum innumero fudit, *uti idem Justin. & Herodot. referunt.* Strenua Regina Cariæ Artemisia, quæ cum Xerxe rege adversus Græcos militavit, cui primam etiam palmam navalis pugnæ ad Salaminem factæ, rex detulit, & in ipso tempore, dum prælium committeretur, Rex videns eam strenuè pugnare, viros autem timidius, exclamavit: ô Jupiter, ex viris mulieres fecisti, & ex mulieribus viros, *sicuti refert Polian.* Ut & illud movere nos haud debet, quod legibus nostris fœminæ exclusæ jurisdictionis honore sint, quoniam nunc in iis terminis versamur, ubi juris feudalis dispositione eo frui constat: demonstravimus enim, eas feuda dare posse. *d. c. unic. vers. fœminam. per quos fiat invest.* Ergò inevitabiliter & feudalem jurisdictionem habebunt. *arg. l. 2. ff. de jurisdict.* Quod insuper oppositum fuit; eas vicem in militaribus negotiis vasallo reddere non posse, nequicquam nobis officit. Ut enim mittamus exempla fœminarum, quæ bello claruerunt, dicimus, per alios eas Vasallis auxilium præstare posse: nec enim ullibi expressum est, Seniores vel Vasallos personaliter Vasallis laborantibus adesse teneri, quinimò experientia quotidiana rerum optima magistra testatur, non solum dominos, verum etiam ipsos Vasallos vicaria opera servitiis feudalibus defungi. Quod denique ex jure Longobardorum & Romanorum oppositum fuit, ad casum hunc jure feudali apertè decisum non pertinet.

XIX. Et

XIX.

Et ut superiorum uberior habeatur explicatio, videamus de iis, qui feuda dare non possunt. Si enim cognoverimus eos, qui feuda dare prohibentnr, per contrarium rectius eos, quibus feuda dare permissum est, intelligemus. arg. pr. Inst. de his, qui sunt sui vel alien. jur.

XX.

Ad quod rectius explicandum præmittimus regulam, quam habet Feudista in c. unic. in pr. per quos fiat investit. *Novi investitura feudi non ab alio rectè fit* (ait) *nisi ab eo, qui legitimè suorum bonorum administrationem habet. Qui enim qualibet ratione aliquid de suis rebus impeditur alienare, is nec per feudum poterit investituram facere.*

XXI.

Quapropter cum pupilli, prodigi, furiosi, minores, rerum suarum administrationem, nedũ alienationem habeant. l. is cui. 6. de V. O. l. 1. de minor. *feuda utiq; dare non poterunt.*

XXII.

Ne quidem, si minor consensu curatoris novi feudi investituram fecerit.

Sicuti communi nostrorum sententia receptum est. 1. quoniam curæ finis est, ut minorum bona conserventur, non distrahãtur. *tt. tt. ff. de adm. tut.* quod fit ea infeudando. 2. quia feudum consistit in rebus immobilibus. *c. unic. §. final. de feud. cognit. c. unic. §. final. in quib. caus. feud. amit.* quas sine decreto non nostro alienãr. *tot. tit. Cod. de præd. & al. rer. min.* 3. Infeudatio est donatio quædam *d. c. unic. § fin in quib. caus. feud. amittat.* Donare autem non potest minor. *l. final. §. cum autem. C si major fact alien. sine decret. & c. l. 1 in pr. de tutel & ration. distrah.* Quanquam disputari in partem contrariam possit, idque tali modo: Novi feudi investituram is facere potest, qui rerum suarum administrationem habet. *d. c. unic. vers. novi verò. per quos fiat invest.* Minor autem cum curatore habet rerum suarum administrationem. *l. 1. de minor* Et consequenter ejus ductu authoritateque feudum novum dabit. Assumpti probatio ex eo clarescit, quod minor curatoris consensu se non secus ac quivis major obligare poterit *l. 3. C de in integr. restit.* Idcircò enim curator datur, ut res administret, & minoris defectum sua præsentia suppleat. *Inst. in pr. de curat.* Quod argumentum non incurrit id, quod Feudista *in d. c. unic. per quos invest. fiat.* subjicit. deinde, qui qualibet ratione aliquid de suis rebus impeditur alienare, is nec per feudum investituram facere potest, quippe quæ alienationis species esse videtur, nam primum id in casu nostro, ubi curator adest, verum simpliciter non est. Nam minor alienare ejus consensu res suas non impeditur. Deindè quamvis res mobiles alienari sine decreto non possint, fas tamen haud fuerit, feudi dationem verè alienationem perhibere, quia ea non sic res alienatur, ut ex minoris dominio, in Vasalli potestatem veniat, sed ut ejusdem proprietas penes minorem maneat, & ususfructus in accipientem transeat, *d c unic §. final. in quib. caus. feud. amitt.* Quicquid sit, à communi opinione recedi non debet, cum notum sit, in materia feudali, *alienationis* vocabulum latissimè accipi, ita ut eo omnis actus intelligatur, per quem dominium vel jus aliquod transfertur. *Rebuff. in l. alienationis verbum. de V. S. Borchol. c. 8. n. 34. de feud. Mynsing. 6. observat. 30.* Quapropter cum alienatio rerum immobilium sit curatori inhibita sine decreto, & urgenti ære alieno. *tot. tit. c de præd. & aliis reb. min.* non poterit, ne quidem usumfructum earundem transferre.

XXIII.

Excipitur antiqui feudi renovatio, quam etiam sine curatoris consensu minor facere poterit, siquidem hoc casu renovando investituram nihil alienat, sed quod alienatum est, à parentibus, confirmat.

XXIV.

An idem de pupillo dici posit, si antiqui feudi renovatio sit?

Non una omnium est sententia. Nam *Fransc. Hottomann. in c.unic.in pr. per quos fiat investit*, id negat. Econtra communis Dd. opinio affirmavit. Argumentum habet *Hottoman.* unicum, idque tale est: pupillus deferre jusjurandum sine tutoris auctoritate non potest. *l jusjurandum 17.§.1.ff.de jurejurand.* quod tamen investitura præstari certum est. *c. unic. de form. fidelit.* Probabilius est igitur, *subjicit Hottoman.* veteris feudi investituram fieri à pupillo sine tutore auctore non posse. Atque hanc partem sequitur *Duar.in tract.de feud.c.6.n.10.* usus argumento non incongruo, quod scilicet pupillus non possit se obligare, etiamsi suam conditionem meliorem faciat. *§. neque tamen Inst. de auct. tutor.* Econtra communis opinio movetur *c. unic in pr. per quos fiat invest.* ubi dicitur, quod investitura veteris beneficii possit fieri à minore: nulla autem adhibetur distinctio, curatorem habeat nec ne; Et consequenter sive eum habeat, sive non habeat, renovationem facere potest. *arg.l.de pretio.cum simil.de publ. in rem act.* Ne verò quis vim aliquam ponat in eo, quod Feudista minorum saltem mentionem faciat, vel ex ipso *Hottom.* liquet, minorum appellatione etiam pupillos venire, sicuti constat *ex c. si minori. si de feud. defunct. cont. &c.c.unic. in fin. pr. de prohib. feud. alien. per Frider.* Deinde ubi diversa ratio est, ibi & jus diversum statuendum erit. *arg l.illud cum simil.ff.ad L. Aq.* ratio autem alia est in datione feudi novi; alia in renovatione beneficii veteris: dare de novo feudum non potest, quia suam faceret conditionem deteriorem,

quæ cessat in renovatione feudi antiqui, conditionemque meliorem facit; liberat quippe se obligatione illa, qua ad investiendum defuncti Vasalli successoribus tenebatur. Mihi consultius videtur, ut tutoris auctoritas accedat; propterea quod in omni actu vel contractu pupilli tutor intervenire debet. *l. obligari, 9. ff. de auctor. tutor.* §. *tutor. Inst. eod.* maximè si ex eo damnum aliquod oriri possit, quod in renovatione feudi veteris contingere in proclivi est. Nam cum illa intra annum & diem peti debeat. *c. unic.* §. *final. de prohib. feud. alien. per Lothar. c. Imperialem.* §. *præterea. de prohib. feud. alien. per Frider.* fieri potest, ut post id tempus Vasalli successor eam urgeat, nec pupillus per hoc cum feudo privandum sciat, utique gravi adficitur damno, si feudi renovationem faciat, cum propter hanc cessationem sibi reservare id debuerit. Deinde nullum jus inscio tutore alienare pupillus potest. *l. pupillo 15. de solut.* Ubi pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: quoniam scilicet solvendo obligationem, qua ipsi obstrictus est debitor, alienaret, quod ipsum commodè in casu nostro adsumi potest, si renovationem feudi facere inscio tutore pupillus posset, obligationem utique qua tenetur successor Vasalli eam petere, alienaret: Denique quamvis more soluto renovatio feudi fiat, cum tamen servitia præstanda sint, jusjurandum exigendum, aliaque facienda, quæ verosimiliter pupillus ignorare potest, ne ejus imbecillitate damnum sentiat. *arg. l. servus decem 68. de solut.* Consultius fuerit, tutorem adhibere. Atque ab hac opinione non dimovebunt nos communis opinionis argumenta. Quod enim primum attinet, respondeti non incommodè potest, *in dicto c. unic. in pr. per quos fiat invest.* vocabulum *minoris* propriè accipi, id est, de eo, qui major est 14. annis, minor 25. *l. 1. de minor. l. minor 25. annos de procurat.* propterea quod in dubio verba in propria significatione intelligi debeant. *l. non aliter. ff. de legat. 3. l. final. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Deinde licet etiam ejus appellatione pupillum intelligeremus; tamen cum omnibus actibus pupilli tutor adesse debeat, dicimus eum textus generalitate non excludi. Secundi argumenti refutatio dependet ex inspectione nostræ disputationis contra communem: an enim suam renovando conditionem meliorem vel deteriorem faciat, ea demonstravimus.

XXV. De

XXV.

De prodigo, id est, eo qui neq; tempus neq; finem expensarum habet, sed bona sua dilapidando & dissipando profundit, ut eum describit Ulpian. in l. 1. ff. de curator. furios. dand. *probabiliter dubitari potest.*

Propter *l. 3. C. de in integr. restit. minor.* in qua minori comparatur prodigus. Minor autem vetus feudum renovare potest, licet novum concedere non possit. *d. c. unic. in pr. per quos invest. fiat.* quapropter à natura comparatorum & prodigo veteris renovatio concedenda: novi verò datio inhibenda erit. Atque ita sentit *Franc. Hottom in disp. feud. c. 13.* quæ sententia mihi non placet; quoniam prodigi nulla est voluntas. *l furiosi 40. ff de R. J.* Ejusque imbecillitas in rebus agendis pronum in renovando damnum secum trahit, unde & furiosum quoad bona sua exitum facere dicitur. *l his qui. 12. §. 1. de tutor. & curat. dat. ab his &c.* Non obstat comparatio minoris & prodigi *ex d. l. 3. C. de in integr. restit.* quoniam illa non est generalis, sed stans in terminis oppositæ legis. Lex agit de alienatione rerum, quam æquè minori, ut prodigo interdictam esse arguit, in aliis autem notissimæ manent differentiæ; & quamvis minor sit, prudens esse potest. *l. 1. in fin ff. de minor.* quod de prodigo dici nequit.

XXVI.

De cœco etiam res controversa est.

Quoniam si feudum dare poterit, Jctionem in Vasallos consequitur, inque controversiis feudalibus ordinarius judex erit: quod ipsum vix cœco convenire videtur: siquidem multa occurrere possunt negocia, quæ oculis ejusdem subjici necesse est, imò cum Vasallis periclitantib. manu militari adesse debeat, non video, quomodo eo rectè defungi cœcus poterit. Verum quia nõ oculorũ sensus in hoc negocio, neq; corporis valetudo, sed mentis & consilii integritas spectatur. *l. 6. ff. de judic.* & plærumq; oculorum

rum defectum præstantia aliorum sensum reficiat, probabilius erit, *inquit Hottom. d. c. 13* ut ei, qui provecta ætate oculos amisisset, Vasalli, cujus virtutem nosset, sibi constituendi potestatem haberet: quod non solùm *ex Hottom.* de eo, qui cœcus casu factus est, verum etiam *propter supra dictas rationes* de eo, qui ita natus est, verum existimo.

XXVII.

Mutum & surdum quod attinet, putat Hottoman. d.c.13. *nec eos jus infeudandi habere*.

Quoniam neque deferre vel delatum audire jusjurandum possunt, neque militiæ munus subire; qua de causa feudum iis adimitur. *c. unic. in fin. Episc. vel. Abbatiss.* quæ tamen *Hottomanni* opinio recipi non potest; quia jure satis aperto provisum est, mutum & surdum in omnibus negotiis, in quibus non opus est sermone, ut est donatio, emptio, locatio, & similes, intervenire posse *l. in quibuscunq. 48. ff. de O. & A.* idque quidem nominatim de donatione expressum est *in l. qui id quod. 33. §. mutus. ff. de donat.* cujus infeudatio species quædam est. *c. unic. §. final. in quib. caus. feud. amit.* Quapropter *Vultei. c. 3. n. 8. lib. 1. de feud.* sententiam *Hottomanni* admittit saltem in iis, qui simul & surdi & muti natura sunt; quoniam etsi intellectu non destituantur, organo tamen repræsentante objectum intellectui carent; reprobat in iis, qui natura vel casu muti sunt, vel surdi, vel casu simul muti & surdi. Si tamen omissis aliorum sententiis de jure disputare libet, non dubito, omnem surdum & mutum etiam à natura feudum dare posse, argumento ejus, quod Jctus tradit *in l. mutus & surdus. 43. in pr. ff. de procurat.* surdum & mutum per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare non prohiberi. Quod si in rei præsentis explicationem adsumpserimus, argumentabimur ex eo; surdum & mutum per eum modum, qui procedere potest, feudum dare posse. Is autem in feudi concessione, sicut in aliis omnibus, quæ consensu perficiuntur, nutus est, sicuti constat *ex l. obligamur. 51. in fin ff. de O. & A.* cujus argumento tradidit *Francisc. Conan. lib. 5. comment, 11. in pr.* etiam natura surdum & mu-

mutum, quique literas non novit, posse donare, nutu se interveniente: quæ si opinio vera est, uti [verissimam] esse ostendit *Hubert. Giphan. in l. qui id quod 33. § mutus. n. 18 ff. de donat.* cur non à genere ad speciem ejusdem, sc. infeudationem, *d. c. unic. § final. in quib. caus. feud. amit.* argumentari licebit, ita ut quemadmodum [surdus] & mutus natura donare, similiter & infeudare possit. Deinde regulæ insistendum est, donec de exceptione constet. *l. 1. ibi notant Dd. de R. J.* Regula autem est *in c. unic. in pr. per quos fi[a]t invest.* eos, qui rerum suarum alienationem habent, & infeudare non prohiberi: quapropter cum natura muti & surdi res suas alienant. *d. l. in quibuscunque 48. ff. de O. & A.* consequenter & in feudum dabunt; ita ut qui contrarium adstruere velit, aut legem aut rationem contrariam adferre necesse habeat. Visus quidem est id sibi fecisse *Hottom.* propterea quod nec deferre, vel delatum audire jusjurandum possunt. Verum hæc ratio nobis, quod volumus, haud extorquebit: facta enim feudi concessione non necessum est, ut dominus deferat fidelitatis jusjurandum, sed per alium delatum valebit: sicuti quotidiana & frequens experientia demonstrat, ejusmodi juramenta non ipsis dominis, sed aliis huic rei deputatis præstari, quo ipso simul pars altera objecti corruit: satis quippe fuerit ab iis audiri, qui mandatum domini deferunt, quamvis & nullus sit, qui penitus non exaudit, si quis supra cerebrum ejus loquatur, secundū quod *jubentio Celso* placuit, ut loquitur Justinian. *in l. discretis. 10. § si enim. 3. C. qui testam. fac. poss.* Quod *Hottom.* addit; nec militiæ munera mutum & surdum talem obire posse, nostræ non officit sententiæ; siquidem ejus argumenti si vis aliqua esset, nec feudum de novo ipsi cōcedi posset, quod dum conceditur, hac cōditione datum interpretamur, ut per substitutum servire possit; quapropter si ipse feudum dederit, intelligimus & id tali modo ab ipso tributum, ut si quando Vasallus ejus opem postulaverit, ea per substitutum defungi possit; Et quid hac in re prætermittatur, distinctio *Vultei* comprobari videtur *d. l. discretis C. qui testam. fac. poss.* Verum respōdendum erit: aliud esse in testamentis & ultimis voluntatibus; aliud verò in donationibus: ratio differentiæ est, quia in iis non est præsens perfectio, ut in donatione: Testamenta quippè pendent usque ad tempus mortis, quod certè aut verbo aut scripto declarari debet.

XXIIX.

Atq; hæ quidem personæ, licet rerum suarum domini sint, tamen quia propter defectum judicii earundem administrationem non habent, feuda dare non possunt.

XXIX.

Cum autem per contrarium reperiantur, qui quidem administrare res solent, sed tamen earundem dominium non habent; ut sunt procuratores, tutores, curatores, &c. de illis aliquid subjiciendum erit, inquirendumq;, possintnè feuda dare? Et quidem primò de procuratoribus dicemus.

Qua in re, si ad superiorem regulam *d. c. unic. in pr. per quos fiat investit.* respexerimus, audacter respondebimus, eosdem jus infeudandi non habere; quoniam mandato domini administrare dicuntur res. *l. 1. de procurat.* aliud autem est administrare, aliud donare. *l. ult. ff. de curatorib furios. dand. l filius. §. 7. ff de donat.* Unde & negocium gerere & donare differunt. *l cum post. 43. §. 1. ff de administr. tut.* Et distinguuntur pacta negocii gerendi causa facta à pactis donandi animo factis, quod illa procuratoribus, & aliis similibus, puta filiisfam. peculii administrationem habentibus, & tutoribus permissa sunt; hæc non item. *l. contra. 28. §. 1. ff de pact. l. cum post. §. 1. l. 22 ff. de administr. tutor.* In feudum autem dare nihil aliud quàm donare. *d. c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* Et hæc quidem circa procuratores generalis est definitio, quam restringunt nostri in iis, qui speciale ad infeudandum mandatum habent, moti *d. c. unic. §. 1. vers. sed utrum. per quos fiat invest.* Verùm si penitius eum textum inspiciamus, non probat, procuratorem dare feudum posse, sed investituram saltem per procuratorem ex-

expediti innuit: aliud autem est feudum dare; aliud ejusdem investituram facere: illud respicit ipsum feudi constitutionem; hoc constituti & jam promissi feudi possessionis traditionem *c. unic. in pr. quid sit investit.* quam rectè exequitur procurator, contra tamen juris civilis dispositionem, qua arguendo ab Emphyteusi ad feudum, id haudquaquam procuratori licere, constat *ex l. ult. §. 2. vers. necessitatem. C. de jur. Emphyteut.* non tamen mihi restrictio displicet, quoniam propter speciale mandatum non procurator, sed dominus feudum dat, sicuti de donatione id tradit Pōpon. *in l. in aedibus. 9 §. quod. 2. ff. de donat.* quod filiusf. (*inquit*) patris jussu aut voluntate donavit, perindè est ac si pater ipse donaverit: aut si voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones: quæ decisio vulgari illa regula comprobatur: qui per alium quid facit, ipse facere videtur. *l. 3. §. ultim. ff de negot. gest.* Restringunt itidē nonnulli in eo, qui generalem administrationem à domino habet, quę restrictio haud dubiè vera est in renovatione feudi antiqui, quia nihil dat, sed datum confirmat: In datione feudi novi planè falsa est, quia hoc modo non administrat, sed alienat: alienatio autem procuratori generali interdicta est. *l. mandato generali 60. ff. de procurat.* Ex qua lege addimus hanc conditionem, nisi dominus donationem ratam habuerit: Ratihabitio enim retrotrahitur, & mandato comparatur *argum. l. ultim. C. ad Senatusconsultum Macedon.* Restringunt quoque communiter in procuratore generali, cui libera vel plena bonorum administratio à domino permissa est, argumento ejus, quod tradidit *Paul. in l. 58. de Procurat.* Procurator, cui generaliter libera administratio rerum concessa est, potest exigere, novare, aliud pro alio permutare: permutando autem rem alienat. Poterit ergò & in feudum dare. Verum si quis pressius hanc rem consideraverit, restrictionem hanc non facilè recipiet, quoniam donare perdere est *l. filiusfam. 7. in pr. ff. de donat.* Datus autem est procurator cum libera ad administrandum, non perdendum. *l. 3. de accept. l. procurator. 63. ff. de procuras.* Procurator totorum bonorum (*ait JCtus*) cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles, neque immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest. Nulla autem est differentia inter procuratorem totorum bonorum, & eum, cui libera

terum administratio concessa est. Nam passim in jure, quæ libera dicitur, ea aliàs simpliciter dicitur administratio. *l. 17. ff. de jure jur. l. 11. § ult. & seq. ff. de pignor act. l. 11. § ult. ff de reb credit. l. 84. de solut.* Non obstat argumentum à permutatione deductum, quia cum permutans rem aliam accipiat, non tam videtur rem alienare, quàm quodam modo compensare: quemadmodum ferè in mutuo fit, quod eadem ratione permittitur procuratori, ut mutuum sc. domini pecuniam dare possit. *l. si pecuniam. 26. de reb credit.*

XXX.

Curatores & tutores si respexerimus, non dubitamus, multum interesse, feudum antiquum renovare, vel de novo conferre præsupponas.

Priore casu beneficium renovare possunt, quia per id nihil alienatur, sed quod alienatum familiæq; erat, renovatur, atq; ex debito confirmatur *arg. l. 1. l. magis § si fundus ff. de rebus eorum, qui sunt sub tutel.* Posteriore casu omninò prohibentur: Est enim, *ut jam dictum est*, horum officium, res minorum administrare, eo usq; intuitu domini quodammodo loco habentur. *l. tutor qui. 27. ff. de admin. & pericul tutor* Dare autem in feudum non est administrare, sed perdere; datio quippe in feudum donationis speciem præ se fert. *c. unic. § final. in quib. caus. feud. amit.* qui autem donat, perdere dicitur. *l. filiusfam. 7. de donat.* Unde *in l. pactum curatoribus. C. de pact.* curator rectè transigit & paciscitur, modò ne noceat adolescenti: Idemque de tutore dicitur *in l. Lucius. 46. §. ult ff. de administr. tutor.* ubi dicitur: tutores non posse cum debitoribus pupillaribus transigere causa diminuendi: fit autem id infeudando rem minorum liberam, utpotè quæ servitutis speciem inducit. Excipiuntur tutores & curatores Principum: nam & horum est liberalitatem exercere, ita rectè & eorum tutoribus & curatoribus id permittitur: putidum namq; fuerit eos adinstar privatorum circa res levidenses curã desiderare. *Wes. c. 47 de feud.*

XXXI.

Sequuntur nunc personæ accipientes, quarum

rum cognitio sibi invicem ita conjuncta est, ut nihil sit, licet quis dare possit scias, si, quis accipere possit, ignores: nec enim dare quis potest, nisi sit, qui accipiat. De quibus hanc regulam constituimus: Feudum omnes accipere, cujuscunque sexus, ætatis, conditionis, aut qualitatis sint, posse.

XXXIII.

Quapropter & fœmina feudū rectè accipiet?

Qua de re tamen non immeritò addubitari potest. 1. propterea, quod jure feudali provisum est, eum qui servitium, propter quod datum est, feudum exhibere nó potest, eo privari debere; qua ratione muti & aliàs imperfecti, nec armis aut sacramento fidelitatis idonei feudum amittunt. *c. unic. in fin. Episc. vel Abbatis.* sicuti & Vasalli, qui Clerici fiunt, vel Monachi, juxta feudorum usum, feudo privantur, tanquam armis militaribus non idonei. *c. unic. de eo, qui arm. bellic. depos.* Fœmina autem militaribus servitiis & laboribus vocata defungi nequit. cum propter fragilitatem sexus; tum propter justitiam honestatis, quæ non patitur, ut fœminæ se virorum cœtui associent. *l. 1. de postuland.* quæ non solum Romanorum lex fuit, sed & aliarum gentium consuetudo. Undè apud Ruthenos memoratur à Sigismundo Libero Barone *in comment. rerum Moscovitar.* conditio fœminarum quod nulla honesta putetur, nisi domo conclusa vivat, & quicquid mulierum manibus suffocatur, sive gallina, sive aliud aliquod animalium, id abhorreant tanquam impurum: Et apud Judæos tàm solemne erat fœminis velamen capitis, ut inde noscerentur, idq; sine lege, ut scribit *Tertull. de coron. milit.* ubi testatur, quod etiā suo tempore apud Corinthios virgines velarentur; Et *Æmil. Prob in pr. de vitis Imperat.* de matrefam. apud Romanos agens, mulieres secretas à viris vixisse docet. Neq; *inquit*, in convivium adhibetur, nisi propinquorū; nec sedet, nisi in inferiore

Aaaa 3 parte-

parte ædium, quæ gyneconites appellantur. 2. Deinde is, qui feudum obtinere cupit, necessum Domino juret, quod hæc sex semper in memoria habere velit: Incolume; tutum; honestum; utile; facile; & possibile, sicut loquitur, & latius eadē explicat Feudista in c. unic. de form. fidel. Cujus tamen capita fœmina observare nequit. Quod enim secundum respicit, dum TUTUM jurat, ne sc. in damno domino sit de secreto suo, impossibile est à fœmina servari, quæ non secus secretum, ac cribrum aquam retinebit. Sic reliqua, quæ partim in defensione personæ domini, & rerum ejusdem, partim in consilii subministratione consistūt, æquè feliciter expediet. Unde *Arist 1. Polit.* dixit: consilium mulieris invalidum esse; & annotatum in Annalibus pro monstro, quod sub Anton, Heliogabalo, mulier in Senatum admissa sit, nempe ejus mater; quam & sententiam in Senatu admissam rogari jussit, *uti refert Lamprid. in Heliogab.* Sanè apud Gallos ex lege Salica, ne terra Imperii, sicut nec terra Saliorum, à lancea transiret, cautū est, quam legem *auctor. Commentar. de regno aut quovis principat. administr.* nominat unam ex tribus columnis & munimentis Gallici Principatus, quamq; Galliæ Regum nullus infringere ausus fuit, præter Carolum VI. qui hortante Philippo Burgundiæ duce, Catharinæ filiæ, quam Regi Angliæ in matrimonium collocaverat, regnum Galliæ in dotem dedit, præterito Delphino filio. Verum mortuo *Carolo* idem Philippus hanc donationem cum cæteris, ut legi Salicę contrariam, irritam habuit, adeoque Delphinum *Carol. VII* pro Rege, & legitimo Regni hęrede se habere professus est. Veram his & similibus non obstantibus, fœminas feuda accipere posse verius est, quæ præter textus feudales *c. unic. in pr. de eo, qui sibi vel hæredib. suis. c. unic. de feud fœmin* etiam viva ratio comprobat: licet enim cuique rem suam, in quem cupit, transferre, *l. in re mandata. C. Mand.* Nihil, *inquit Justin.* tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. *§. per traditionem. Inst. de rerum divis.* quapropter si dominus rem in feudum concedere fœminæ voluerit, facimus contra naturalem illam æquitatem, si eousq; voluntatem ejusdem extendi negaverimus, quod dicere erit contra id, quod voluntatem hanc civilis lex concedat, cui ut etiam faciendi potestas conjungatur. *Boetius* el[illegible]

lib. 4. de Philosoph. consolat. prosa secunda arguit, duo sunt, *ait*, quibus omnis humanorum actuum constat effectus, voluntas sc. ac potestas, quorum si alterutrum desit, nihil est, quod explicari queat: deficiente enim voluntate, ne aggreditur quidem quicquã; quod non vult, ac si potestas absit, voluntas frustra sit: quod posterius congruit regulæ juris *in l. nemo plus juris 54. ff. de R. J.* Nec hanc opinionem nobis eripient illa, quæ in partem contrariam allata sunt: Non quidem prius id, quo proponebatur, fœminas militaribus laborib. & servitiis minus idoneas esse. Nam etsi id concedatur, non tamen inde sequetur, feudorum eas incapaces esse, siquidem domini concedentis hanc voluntatem esse interpretamur, cum sciens volensq; feudum fœminæ dat, eum servitiorum hanc eidem gratiam fecisse, ut possit per substitutum eadem præstare: argumento eorum quæ tradit Feudista *in c. unic. & ib. gl. in verb. non valet, An mut. vel alius imperfectus.* innuens sc. & alias imperfectos feudo non privari, quamvis servire non valeant, sed potius retinere, & per alios idoneos servitia militaria, & jussa domnicalia exequi: & si propter imperitiam tractandorum armorum incapaces feudorum fœminas esse contendat, majorem partem Vasallorum excutier, quos melius pacem quàm bellum, stivam quàm lanceam tractare posse constat. Alterum argumentum, quod deducitur ex formula jurisjurandi *in d. c. unic. de form. fidel.* similiter ex domini concedentis voluntate resolvitur, qui dum nescius non est, aut saltem esse nequit, hæc muliebria esse, multa loqui, tacere pauca, consilio destitui, sibi imputet, quod fœminam elegerit. Deinde nec hæc argumentatio perpetua est, cum reperiantur fœminæ non paucæ, quæ & taciturnitate & cõsilii dexteritate viros superant: nec negari potest, eadẽ viris objici ignavioribus posse: Quot enim quotidiè viri conspiciuntur garruli; quot à consiliorum copia inopes. Quod deniq; attinet Legem Salicam & similes, dicimus, iis haud regulam constitui, & quia particularem rationem habent, & particularibus in locis vigent, ad jus universale non proficiunt: diversæ sunt regionum constitutiones; alia Orientis, alia Occidentis, alia Septentrionis, alia Meridionalis plaga: diversi fructus; diversæ commoditates, & diversi mores, propter diversam vivendi & operandi necessitatem: Et si quis vellet omnes ad unũ morẽ vivendi contrahere, nihil procul dubio moliretur, quàm impossibile tẽtare: quocircà à separatis causis conclusionẽ unam similẽ inferre non licet.

XXXIII.

De Hermaphrodito ex juris civilis d[illegible]tione videndum est, qui sexus in eo [illegible].

l. quæritur. ff. de stat. hom. cum quia natura ab[illegible]ram sexuum. & ferè portentum ducit; [illegible] quia nun[illegible] sexu æqualiter valet, sed aut generare, aut concipere [illegible] *scribit Aristot. lib. 4. de gener. anim.* quæ dist[illegible] in pluri[illegible]ticulis obtinet; in casu tamen nostro, ubi de accipi[illegible] agitur, attendi non debet: quia uterq; sexus feudu[illegible] & ideò sivè ad fœmineum, sive ad masculinum accedat, par[illegible]fert.

XXXIV.

Ætatem quod attinet, non disting[illegible], ea sit major an minor, siquidem & impuber[illegible], dummodò infantiam, i. e. septimum [illegible] egressi sunt, per se feuda rectè accipiunt.

c. si minori si de feud. defunct. content. sit int. dom. & Vasall. Est enim feudum beneficium *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* quo [illegible] puberes afficiantur, dubitandum non est, quin con[illegible] am meliorem faciant, quod posse ipsos constat *ex princ.* [illegible] *ctor. tutor.* Atqui *inquies*, pupillus sine tutoris auctoritate [illegible] nequit. *l. obligari. ff. de auctor. tutor. l. pupillus. de O. & A.* V[illegible] rim id obtinere, quando suam conditionem melio[illegible] cit, quo casu etsi naturaliter obligetur. *l. cum illud. 25. §. 1.* [illegible] *dies legator. l. stichum. §. aditio. ff. de solut. l. si pupillus. 127.* [illegible] ralis tamen illa obligatio ipsi nocere nequit. *l. interdum.* [illegible] *dict. indeb.* Verum replicabis, feudum accipiendo haud [illegible] rem suam auget, quoniam pro eo servitia [illegible] est, ita ut quamvis feudi acceptio lucrum secu[illegible] tur, posimodum tamen damnum afere cognosc[illegible] hæreditatem adire, nec bonorum possessionem [illegible] test, nisi tutoris auctoritate, quamvis [illegible] *de auctorit. tutor.*

XXXV.

Hallucinatus ergo est Sonsbecius part. [illegible]

n. 13

n. 13. de feud. *minorem sic propriè dictum sine consensu curatoris feudum accipere non posse.*

Verum ut ille *d. §. neq; tamen Inst. d. auct. tutorum.* de minore haud rectè accepit, siquidem *uti titulus indicat*, de pupillo, hoc est, eo, qui 14. annis minor est, agit: Ita alii nō rectè eū ad casum nostrum traducunt; siquidem feudum etsi servitiorum onera habeat, non tamen eadem solent ejusdem æstimationi respondere, ita ut nihilominus in datione feudi summum beneficium, quamvis non gratuitum *l. 3. ff. de obseq. à liber. & libert. præst.* quod sanè de hæreditate dici nequit, cujus damna latentia sunt. Quamvis enim prima fronte lucrosa appareat, æs tamen alienum emergere potest, cui cum per aditionem obligetur hæres. *l. more 8. ff. de acquir. hæred.* consultum hac in re pupillo, & quidem rectè fuit, ut hæreditatem, quæ sæpè damnosa esse potest *l. si hæreditatem 32. § 1. ff. mandat* quin etsi lucrosa verè sit, cum tamen plerumque magnas molestias habet, pupillorum verò intersit litibus & sumptibus non vexari *l. minoribus 6. ff de minor.* adire sine tutoris auctoritate non possit, aut debeat. Sed forsan instabis ex eo, quod jure feudali vasallus domino fidelitatis juramentum præstare debeat *c. unic. de form fidelit.* Pupillus autem jurare non potest. *l. jusjurandum. 17. §. pupillus. l. qui jurasse. 26. in pr. de jurejur.* Verum huic instantiæ respondet Feudista *in d. c. si minori. si de feud. defunct. sit int. dom. &c.* si minori datum fuerit feudum, *ait*, fidelitatem facere non cogitur, donec venerit in ætatem majorem, in qua doli capax est, feudum tamen retinet, & rectè: cum enim pupillorum ætas, quid videat, ignoret, ut alio fine dicitur *in l. 1. § ult. C. de fals. monet.* Et ideò jurisjurandi vires non capiat, sicque nec fallere sciens, nec pejerare possit. *d. l. qui jurasse. 26. in pr. de jure jurand* rationi consentaneum fuit, hoc differri in tempus judicii plenioris, ita ut interea nec pupillus, nec alius fidelitatis sacramentum præstare cogendus sit. *Schenck. Baro ad d. c. unic Si minori.* Idque haud dubiè verum est in persona pupilli. Quod si autem minor sit, id est, 14. annum excesserit, etsi per omnia judicii stabilitas ita ipsum adjuvare non cre-

datur, ut suis rebus præesse possit. *l.1. de minor.* cum tamen jurare possit, & juramento à se initos contractus confirmare. *auth sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* citra ullam ambiguitatem contra *Sonsb d.p 7.n.13.* pronunciandum erit, eum inscio curatore sibi feudum acquirere posse; Nec id impedit *l. 3. C. de in integr. restit.* quam ipse in suæ sententiæ comprobationem trahere conatur, quia loquitur de alienatione rei propriæ, assertio verò nostra est de acquisitione rei alterius.

XXXVI.

De infante dubitari potest, etiamsi securè nostri tradant, eum ne quidem tutore auctore, sed saltem per tutorem feudum accipere.

1. Arg. *l si infanti. §. parente verò C. de jur. delib. 2. §. sed quod diximus. Instit. de inutil. stipulat.* in quo dicitur, quod infans non multum à furioso distet: Quapropter ut furiosi nulla est voluntas, nec feudum acquirere propter mentis defectum potest; similiter nec feudum acquirere poterit infans. *Borchold. c. 5. n 46. de feud. Zas. p 5. n 66. Vultej. c. 4. num. 6. de feud. lib. 1.* verum cum alia causa habita sit furiosorum; alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligant: Nam furiosus nullum negocium contrahere potest; pupillus omnia tutore auctore potest, *inquit Paul in l. 5. ff. de R. J.* non dubito etiam tutore auctore feudum infanti obtingere posse, idque *argum. l potuit. C. de jur. deliber.* quæ indistinctè pupilli, sive infantis, sive pubertati proximi actum in hæreditatis aditione requirit. Nam si nesciente eo tutor egit (*ait*) illi non potuit hæreditatem acquirere, id est, per tutorem haud rectè, sed tutore auctore optima ratione hæreditatem obtinebit. Et *d l. potuit.* de infante intelligi similiter posse, indicat *l. pupillus 9. de acquir. hæred.* quæ vult eum pupillum, qui fari potest, cum tutoris auctoritate hæreditatem acquirere: fari autem utique poterit infans. Et quamvis discernere, quid ipsi expediat, non possit, tutoris tamen auctoritas ipsius defectum supplet, eoque auctore id discernere posse leges innuunt. Et ideò *in l. quamvis. 2. §. 1. de acquir. possess.* dicitur, infantem tutore auctore incipere possidere, cur non igitur obtinebit feudum? Idque

vel-

velle videtur. *d. c. si minori. si de feud. defunct. contr. sit int. dñ. & agn. vasall.* quod evidenti inductione de infante loqui demonstrari potest: agit id de eo minore, qui nondum doli capax est, eique feudum dari posse innuit: Atqui is, qui pubertati proximus est, doli in tantum capax dicitur, ut furtum injuriamque committere possit. *l. pupillum. 112. de R. J.* Verum replicabis ex eo nec tutoris auctoritatem desiderari, sicq; consequenter etiam sine tutore, voluntate propria feudum obtinere posse, quod nec à Juris civilis dispositione alienum videtur. Sic enim Imperator *Decius in l. 3. C. de acquir possess.* constituit, quod donatarum rerum à quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quæratur: quapropter re in argumentum ducta, feudi à quacunq; persona infanti vacua possessio tradita, corpore quæratur. Quæ inductio tantò apud nos certior erit, quod Imperator *Decius*, donatarum rerum mentionem faciat, quarum possessio facilius ex eo infanti quæritur, quod in iis nullum sit, versetur q. præjudicium, utpotè merum lucrum adferentibus; quod totum de feudi acquisitione dici inferriq; potest; siquidem ea nihil præter merum præsentaneumq; acquirentis lucrum & commodum alit. *c. unic §. final. in quib. caus feud. amm.* ut parum absit, quin *contra Dd.* credam, infanti feudi possessionem traditam corpore quæri, licet tutoris non intervenerit auctoritas, corpore (*inquam*) quæri. Nam etsi animus ad possessionis apprehensionem vel maximè requiratur. *l. quemadmodum. 8. ff. de acquir. poss.* eoque careat infans: *l. pupillus. 9. ff. de acquir. hared.* non tamen negari potest corporis ministerium similiter desiderari, ut possessio nulla sine corporali apprehensione acquiri possit. *d. l. quemadmodum.* Ea autem non secus, ac quivis major infans defungi potest in rebus ipsi donatis, ut non videam, cur non & ipsi in feudi acquisitione id concedendum sit, ut corporali apprehensione per donationem feudum obtinere possit, præsertim cum ex hac feudi acquisitione nec juramenti relligioni subjiciatur. *d. c. si minori.* nec servitiorum personalium oneribus constringatur. *d. c. si minori. §. si quis decesserit. Si de feud. defunct. &c.* sed ejus arbitrio permittatur, ut, si velit, per substitutum servire possit: quin etsi consuetudine locorum generali ubique receptum sit, uti post *Gloss.* testatur *Schenck. Baro. ad d. §. si quis decesserit.* Impuberem

sc. compelli ad servitia solita, nihil tamen ex eo consequi poterit, quin feudum retineat, & servitia per alium rectè præstet. Id autem omnis sciat impubes, emenso decimo quarto suo ætatis anno, se infra subsequentis anni & diei coronam investituram feudi à domino petere, fidelitatemque ei jurejurando promittere debere, alioquin negligentem feudo casurum *§. præterea de proh feud. alienat. per Frideric. Schenck Baro. d. loco.*

XXXVII.

Sequitur jam conditio, cujus ratio nulla in accipiente habetur: Sive enim liber sit, sive servus, parum refert.

c. unic. vers. personam per quos fiat investit. Sicut enim jure civili testamenti factio cum servis (quod sc. hæredes institui possint) ex persona dominorum introducta est *l. non m. nus ff de hæredib. instit.* ita & placitis feudorum hac specie investitura cum servis ex persona dominorum introducta censebitur: Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest: quare nobis acquiritur, quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex donatione, vel ex legato, sive ex qualibet alia causa acquirant. *§. item nobis acquiritur. Instit. per quas person. nob acq.* quod etiam tunc obtinere credimus, cum res in ambiguo versatur, servi an domini contemplatione investitura concessa sit; siquidem investientis hanc voluntatem esse ducimus, magis vasallum liberum quàm servum malle, sicque non servi personam, sed organum duntaxat elegisse, præsertim cum & feudum per interpositam personam acquiri possit. *d. c. unic. vers. sed utrum ipse. per quos fiat investit.*

XXXIIX.

Similiter liber accipiens sui vel alieni juris sit, in considerationem non venit. Nam & filiofam. feudum rectè dari potest.

Qua de re nulla potest esse dubitatio, inquit *Borchold. c. 5. n. 47. de feud.*

XXXIX.

At de eo discrepantes reperiuntur opiniones

nes; Utrum filio concessi feudi ususfructus patri acquiratur?

Quod quidem ita simpliciter affirmavit *Sonsbech. p. 7. n. 8. de feud.* sequutus *Bald. in l. cum oportet. in pr. C. de bon. quæ liber.* qui strictissimo hoc fundamento, *ut inquit Cur. Jun. tert. part. in alter. membr. n. 46. de feud.* movetur: In materia feudali servamus jus commune, ubi expressa in feudis decisio non extat. *c. unic. in fin. de feud. cognit.* Jure autem communi provisum est, ut in bonis adventitiis pater usumfructum habeat. *l. 1. C. de bon. mater. l. cum oportet. C. de bon. quæ liber.* habebit ergò & in feudo feudali jure: siquidem eo contrarium decisum non est. Atque hæc opinio *inquit d. loco Curt.* etiam mihi placet: Moveor alio stringenti fundamento: fructus feudi postquam sunt separati, non dicuntur feudales, sed allodiales *c. unic. an agnat. vel fil.* Si ergò sunt allodiales, nihil est, quod impediat, quo minus patri acquiratur. A quorum sententia non recedit *Pachin. 7. controv. 77.* quia feudum, *inquit*, est beneficium, quod ex benevolentia ita datur alicui, ut proprietas quidem penes dantem maneat, ususfructus verò illius rei ad accipientem transeat, *c. unic. §. final. in quib. caus. feud. amit.* Si verò ususfructus filiofam. relinquatur, certum est patri acquiri. *l. final. C. de usufr.* cur non igitur acquiratur & feudi commoditas atque adeò ususfructus? Addi & tale argumentum potest: Domino per servum feudum acquiritur. *c. unic. vers. personam per quos fiat invest.* Id autem non alia ratione quam propter potestatem dominicam contingit: Simili itaque ratione cum filius in potestate sit, patris vigore ejusdem feudi ususfructus patri debebitur. Curt. *d. loco n. 47.* tres hujus sententiæ limitationes, *ut nostri fundi mos est*, adfert. Prima est; nisi feudum à Principe concessum sit, quia tunc Patri nihil acquireretur, quemadmodum in aliis bonis à Principe acquisitis. *l. cum multa. C. de bon. quæ liber.* Secunda est, nisi feudum esset dignitatis cohærens personæ feudatarii, quia nihil acquiritur domino *l. 3. §. si quid. ff. de minorib.* Tertia & ultima est, nisi feudum esset acquisitum in castris virtute armorum, puta, quia vasallus fuisset cum domino in castris, & illo respectu acquisivisset; quia tunc non magis acquiritur ususfructus, quàm in aliis Castrensibus. Ve-

rum contra horum opinionem ſtat communis *Dd* concluſio ſequentibus innixa fundamentis. 1. quia feudum filio, datum eſt, & etiam contraria opinione recipitur, feudum filio non patri eſſe conceſſum, & conſequenter; ejusdem uſusfructus ut filio acquiratur, conſequens eſt, quoniam feudum nihil aliud eſt, quam rei in feudum conceſſæ uſusfructus *d. c. unic. in fin. In quib. cauſ. feud. amit.* 2. Feudum cum ſit uſusfructus, *ut jam dictum eſt*, ſpecies quædam ſervitutis erit, quoniam uſusfructus perſonalium ſervitutum numero aggregatur. *l. 1. de uſufr.* quapropter ſi patri uſusfructus acquireretur, ſervitus ſervituris cōſtitueretur. *l. 1. ff. de uſufruct. legat.* 3. Feuda concedi ſolent utplurimum ob labores militares & bellorum munia, atque ita Caſtrenſis peculii vel quaſi jure cenſeri debent. *arg l. 1. C. de caſtr. pecul.* cujusmodi peculii uſusfructus nullo modo patri quæritur. 4. Pater filio in feudo non ſuccedit. *c. unic. de ſucceſſ. feud.* Ergò nec uſumfructum ejusdem habet; quippe ſi ſucceſſionem patri conceſſiſſet Jus feudale, per eam id, quod non habuit, conſequeretur: quapropter cum jam res in contrarium acta oſtendat ſucceſſionis Jus ei denegatum eſſe, uti ſimiliter uſusfructus, de cujus ſucceſſione diſceptatur, ejusdem non ſit conſequens eſt. 5. Ex voluntate & domini mente id conſtat, cui alius pro alio vaſallus obtrudi nequit; quod contingeret, contraſentientium admiſſa opinione: Elegit enim dominus filium vaſallum, ejus ſimiliter ſervitia & officia reſpexit: Et ideò ſi parens admitteretur, contra domini intentionem, quæ omninò rem perficit. *arg l. contractus ff. de R. J.* id fieret; nec dixeris, filium nihilominus ad ſervitiā obſtrictum eſſe; atque ita vaſallum domini permanere, ſiquidem iniquitatem id redolet ſummam, nec Jus patitur, ut quem dominus feudo honorari voluit, eodem oneraretur, ſiquidem juvari nos beneficio, non decipi oportet, *l. 57. §. 5. ff. commod.* Et nihil magis contra naturam eſt, quam ſentire quem rei incommoda; ejusdem verò emolumentis excludi. 6. Generali definitione Feudiſta vult, ut uſusfructus tranſeat ad accipientē. *c. unic. in fin. in quib. cauſ. feud. amit.* ut ſicut cōtra ejusdē mentē diſtinctio inter vaſallos inducatur, & contra juris regulas, filiusfamil. à patrefamilias ſejungatur. *arg. l. de pretio ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter ff. de legat. præſtand. l. à procuratore. C. Mandat.*

Ar-

Atque hanc communem esse testatur *Roland. à Vall. 2. consil. 71. num. 65. Wesemb. c. 5. n. 4. Borch. c. 5 n. 58.* Nihil obstant partis adversæ argumenta; non quidem strictissimum id, quod putabat *Curt.* in Jure feudali scilic. hac de re nihil dispositum esse: Et ideò *juxta c. unic. de feud cognit,* ad jus commune confugiendum esse; siquidem id negari protinus potest, cùm rationibus illis, quæ ex feudalibus textibus desumptæ sunt, tùm etiam *d. c. unic. in fin. in quib. caus. feud amit.* qui ad hoc per indistinctam locutionem satis expressus est. Similiter non obstat alterum *Curt.* argumentum, quo dictatur fructus, postquam à solo separati sunt, allodiales, non feudales esse: quoniam hîc non respicimus factum, sed Jus percipiendi, non fructus à solo separatos, sed eorundem usumfructum, qui est Jus utendi fruendi re feudali. Nam etsi fructus allodiales dici possent, non tamen percipiuntur ex re allodiali, sed feudali, adinstar fructuum peculii castrensis vel quasi castrensis; qui etsi cum peculio diversæ conditionis sunt, non tamen ad patrem pertinebunt; siquidem non Jus seminis, sed corporis, ex quo fructus percipiuntur, inspiciendum est. *l. 25. §. 1. ff. de usur.* Tertium argumentum habet *Facbin.* Feudi ususfructus transit in accipientem. *d. c. unic. §. final. In quib. caus. feud amit.* Ususfructus autem, si filiofamil. relinquatur, patri acquiritur. *l. final. C. de usufruct.* Verùm in hoc argumento nulla est connexio, sed propositionis & assumptionis implacabilis contradictio: Nam propositio vult, usumfructum transire in accipientem: Assumptio adstruit eundem patri acquiri. Hæc non cohærent: quapropter ex propositione colligendum potius fuerat, quia ususfructus in accipientem transit, cum patri non acquiri; adeoq; civilis & feudalis ususfructus discrepantiam esse. Deinde alia ratio est *d. l. ult. C. de usufr.* olim quicquid filius quærebat, id patri acquirebatur, quod hodie mutatum est. *l. 6. C. de bon. qua liber.* in tantum, ut filio quid sub hac cōditione relinquatur, ne patri acquiratur, penes solum filium remaneant. *Nov. 117. c. 1.* quod ad casum nostrum non inconcinnè transferri potest, quippè ex mēte concedentis domini ita feudum relictum esse credimus, ut ad filium, & non patrem id pertineat, ita ut etiam invitis legibus ususfructus eorundem filio concedi debeat. Quod ultimo loco à persona servi allatum fuit, ad filium non rectè

trans-

transferatur: quia servus militaris Juris capax non est, cujus tamen intuitu feuda dari indubium est. Nec etsi interdum alio fine concedantur non tamen propterea à prima origine digrediendum est, qua feuda propter militiam concessa esse in confesso est, & ideò ad eam posterior eventus formari debet. *l. 1. C. de impon. lucr. descript. l. qui id quod, de donat.*

XL.

Nihil quoq; interest, accipiens sit nobilis vel ignobilis, par sive inferior.

Nam & Imperator à Ducibus, Comitibus, vel quibuslibet aliis feudum accipit. *Sonsbech. p. 7. n. 1.* non quidem ut ipse uret fidelitatem, operasque, sicubi necessitas postulaverit, præstet, siquidem id tantæ majestati haud convenit, sed aliorum vicaria opera iis defungi poterit. *arg. l. ad similitudinem. 21. C. de Episc. & Cler.* sicuti id tradidit in persona Papæ *Ægid. Bellamer. consil. 48.* ubi inquit; Papam habere plumbeos pedes, ut sic justa causa eum urgeat sua per procuratorem peragendi negocia. De Regibus idem tradidit *Bald. in proœm. ff. Intrigiol. q. 54. n. 83.*

XLI.

Quæstio hic oritur de personis Ecclesiasticis, quarum etsi non una, sed multiplex est distinctio, generali tamen divisione ordo Ecclesiasticus in sacerdotes & clericos dividitur. Sacerdotum ordo rursum in Patriarchas majores & minores, Archiepiscopos, Metropolitanos & Episcopos subdividitur. c. cleros distinct. 21. *Clerici quos ex eo dictos vult* Isiodor. lib. 7. Etym. c. 12. *quod de sorte domini sunt, vel quod domini partem ha-*

habeant, in sic proprie dictos Clericos & Religiosos secernuntur: illi ministerio legis Christianæ sunt addicti, quorum diversa nomina & officia persequitur Petr. Gregor. Tholosan. partit. jur. Canon. lib. 2. tit. 9. in pr. *Li dicuntur Monachi, quos à Clericis sic dictis segregari innuit* c. cum dilectus. de consvet. l. generaliter. C. de Episc. & Cleric. Petr. Gregor. d. loc. c. 1. lit. FF. *exinde scilicet appellati, quod soli agant.* Joach. Stephan. lib. 4. de jurisd. c. 7. *qui* Dd. *traditione servis æquiparari solent: ut enim servi civili jure pro mortuis reputari solent.* l. servi. ff. de R. J. *similiter Monachos, quod mundana negocia attinet, inter vivos esse desinere colligunt* ex l. Deo nobis. 56. de Episc. & Cler. c. illud quoque. Nov. de Monach. *quapropter ad similitudinem servorum, si ipsis feudum concedatur, feudum monasterio, sicuti servi dominis, acquirent.* Mozz. tit. de his qui feud. accip. poss. n. 32. Sonsbech. d. p. 7. num. 23. *non quidem ut perpetuò & durante monasterio feudum maneat, sed saltem usq; ad vitam*

Monachi feudatarii: Clar. in §. feudum. q. 78. Capyc. decis. 10. n. 10. *nisi forsan concessum esset Monacho respectu monasterii; tunc n. perpetuò remanebit penes monasterium: argumento eorum, quæ notat* Andr. de Isernia in c. unic. vers. persona. n. 14. per quas fiat invest. Intrigiol. q. 54, n. 52. de feud.

XLII.

De Clericis verò major est dubitatio.

Nam sunt, qui expreßè illis feuda accipere denegent. *Iohan. Blancho 1. feudor. 5.* quem refert & sequitur *Iohan. Ferrar. Montan. 2. feudor.* Idque duplici argumento *ex c. unic. de milit. Vasall. qui arm. bell. depos. t.* quia beneficium non pertinere debet ad ipsum, qui non gerit officiũ: trahunt insuper in rei hujus probationẽ, quod Clericus nullo modo se laici jurisdictioni, ne quidem juramento interveniente subjicere possit *c. si diligenti. de for. compet.* facit tamen id si feudum à laico accipiat, siquidem orta de feudo controversia domini vel parium curiæ judicium subire cogitur. *c. unic. ap. quem vel quos contr feud. defin.* Addunt quoque, quod citra juramentum fidelitatis Vasallo feudum non obtingat *c. unic. de form. fidelit.* Clericus autem obstante sui ordinis professione id præstare nequit, quoniam si dominus prælio decertare necesse habeat, ei adesse nequit. *c. 1. extr. de Cler. pugnant. d. c. unic. de milit. Vasall. &c.* Denique opponunt *c. unic. de feud. femin.* Ex hoc illud descendit, *inquit Feudista*, quod dicitur, Clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi posteaquam habitum relligionis adsumpserit, postposuerit: quod si, *colligunt*, paternum, & ipsi longa serie avorum obveniens feudum non retineat, multò minus de novo acquirere poterit: siquidem juris non est incogniti, facilius aliquid retineri, quàm de novo acquiri. Verum his & similibus non obstantibus communior & verior opinio pro Clericis stat; quam fovet textus juris

Juris expressus. *c, unic. §. final. de capitul. Corrad.* ubi propter culpam Clericos amittit feudum: habuit ergò & quidem jure permittente feudum. Nam ut dici solet, privatio habitum præsupponit. *l. si decem. 116. de V. O. l. manumissiones. ff. de justit. & jur. l. Titio usufructus. de condit. & demonstr.* Et quod non habuit, quomodo id propter culpam perdet? *arg. l. si ita quis. 135. §. Seja. de V. O.* quinimò & temporalem jurisdictionem, & regalia, nihil cœlesti obstante militia, Clericos obtinere & moris & juris pervulgati est, *c. Romana. vers. debet. autem de appellat. in 6. c. ult. ne Cler. vel Monach. in 6.* nec mirum id cuiquam videatur, *subjicit Schenck. Baro. ad c. unic. de milit. Vasall. qui arm. bellic. depos. n. 5.* quum & veteri testamento constet, quadraginta octo civitates Levitis & sacerdotibus in terra promissionis, alioqui non latè patēte, habitandas fuisse concessas Et in populo Judaico octo millia Levitarū præter Pontifices & Sacerdotes quotidiè alendi fuerunt. Deinde non est ignoti juris, ꝙ causa juris non mutetur, licet honor augeatur. *l. falsa. §. 1 de condit. & demonstr.* quod ad Clericum ex Laico factum traduci potest, cum Clericali ordini major honor insit. Nonobstant argumenta contrariæ opinionis, & nō quidem illa; quæ petuntur *ex c. unic. de milit. Vasall. qui arm. bell. depos.* Nam sicuti eiusdē scopus ostendit, loquitur de Clerico facto, postquā feudum accepit: Miles qui beneficium tenebat, *ait textus*, cū esset sine liberis, venerabilē domum intravit, *&c*, in quo ratio alia & quidem diversa quàm in eo est, qui tempore constituti feudi in habitu Clericali constitutꝰ est, quoniā hoc casu dominus sibi imputet, ꝙ sciens volensq; Clerico, cuius conditionē scire aut saltē ignorare non debuit, feudum dederit; quem n. dominus Clericū esse scit, id quod ordini eiusdem annexū est, scilicet militaribus laboribus eum fungi non posse *c. unic. de Cler. pugnant.* ignorare non debet; aut si ignoret, juris ignorantia peccat, quæ pro sciētia haberi solet. *l. 9. ff. de jur. & fact. ignor.* ita ut per consequentiā bonā dominū laico gratiam hanc fecisse, ꝙ per alterius solicitudinem militares labores subire possit, dicendū sit. Et quū penè similis omnium hominū sit natura, cur non etiā facta omnes, vel plus vel paulò minus adimplere possunt; *ut inquit Imperat. in l. veteris juris in f. C. de contrah. & commit. stipul.* Et quid refert, quemadmodum feudo satisfiat, modo satisfiat. *l. promissor. Stichi. §. constituto.*

in fin.ff. de constit. pecun. & æquè commodus surrogari possit. *arg. l. si quis domum in pr. ff. locat.* sicuti id in persona mulieris & minoris legimus. *c. si minori. & c. si quis decesserit. Si de feud. def. cont. sit intr. dom & agnat. Vasall.* maximè cum Clericus & consilio domino, quod in fœminis & minoribus fragile, & contra propria laborans commoda est. *l. 4. C de sponsal. l. 1. ff. de minor.* adesse possit: Hæc autem consideratio cessat in Vasallo laico, qui postmodum Clericatum assumit, quoniam dominus non Clerico, sed laico feudum dedit: quapropter cum mutata personæ sit conditio, quæ beneficio locum fecit, beneficium quoque deficiet, sicuti inquit JCtus *in l. in omnibus causis. 68. de R. I.* neque domino invito alium pro alio Vasallum obtrudere poterit. *arg. l. 2. de reb. credit*: quod fieret, siquidem propter ordinis professionem alterius operas recipere cogeretur contra text. expreß. *in c. unic. in fin. de fratr. de nov. benef. invest.* Quod alterum argumentum obtinet. Clericum scilicet ne quidem juramento se laici jurisdictioni subjicere posse. *d. c. si diligenti. de for. compet.* respondemus, id in feudis speciale esse, ut coram laico conveniri possit, quia non ut Clericus, sed laicus consideratur. *Hartman. Hart. tit. de feud. obs. 24. n. 9.* Tertii argumenti resolutio dependet ex responsione ad argumentum prius: Pendet & ultimum, non retinet paternum, quia videtur ex transitu hujus seculi. *d. c. unic. de milit. Vasall. qui arm. & c.* renunciare negotiis secularibus, atque ita mutata personæ conditione, mutari & beneficium. *d. l. in omnibus causis de R. J.* Utrum generalem oppositorum argumentorum responsionem impugnat *Franc. Hottoman. ad d. c. unic. de milit. Vasall. qui arm. bell. depos.* non dubium est, *inquit*, quin quæ qualitas superveniens actum vitiat, eadem ab initio existens eundē impediat. *l. qui statu. 8. ff. de re milit. l. qui libertate. 29. de liber. caus.* quapropter contra responsionem nostram, si superveniens Clericatus obstet, quominus feudum retinere possit Clericus, obstabit similiter, etiamsi ab initio is fuerit. *Hottomanni* impugnatio procedit, ubi eadem supervenientiæ & existentiæ ratio est, sicuti argumento sunt leges illæ, quas in impugnationis comprobationem protulit, qui patitur status controversiam, *inquit Ulpian. in d. l. 8. de re milit.* non debet per id tempus nomē militiæ dare, quia supervenire potest sententia, quæ ipsum servum esse pronunciat, atque ita militiæ

inca

incapacem fuisse, quippe jure illo soli ingenui militabant. *l. ab omni. 11 ff. de re milit.* ut sic parum intersit, fuerit servus ab initio, an per supervenientiam talis declaratus sit. Ejusdem est sententiæ *d. l. qui d. libertate. 29 de liberal. caus.* In casu verò nostro alia est ratio supervenientis Clericatus, alia existentis: ubi Clericatus est tẽpore constitutionis, electa est domini voluntate persona Clerici, cui imputandum est, quod talem elegerit. Eo autem in casu, ubi Clericatum Vasallus, postquam feudum vel per successionẽ vel per domini voluntatem nactus est, adsumpsit, non Clericũ, sed laicum respexit Dominus? ut ei invito obtrudi Clericus non possit aut debeat *d. c. unic. in fin. de fratrib. de non benef. invest.*

XLIII.

Supereſt qualitatis conſideratio: Appello autem qualitatem accidentia, ut furorem, mutitatem, cæcitatem ſurditatem, & ſimiles defectus, qui in hominem facilè cadere poſſunt. Borchold. c. 5. n. 50. de feud. *Et hi defectus an obſtent, quo minus illi, qui iisdem afficiuntur, feuda accipere poßint? non improbabilem dubitandi rationem habet.*

Nam non posse. 1. ex eo dicendum videtur, quod non minima pars obsequiorum & servitiorum Vasalli in consilio, quo furiosus; loquela, qua mutus; visu, quo cæcus; auditu, quo surdus destituantur, consistit. *c. unic. de nov. form. fidelit.* ita ut cessante causa, ob quam feudum datur, & feudum meritò cessare debeat *arg. l. in omnibus causis. de R. J. 2.* Feudum ideò præcipuè datur, ut Vasallus domino tempore necessitatis militari opera adsit. *c. unic. vers. beneficium. in quib. caus. feud. amit.* supradicti autem militaribus laboribus idonei non sunt. Ergò feudum iis auferri debet. Nam *ut loquitur Feudista,* non est alia justior causa beneficii amittendi, quam si id, propter quod beneficium datum est, non præstetur à Vasallo. *c. unic. vers. sed non est, quæ fuer prim. caus. benef. amit. 3.* patet id *ex c. unic. in fin. Episc. vel. Abbatiss.* Mutus feudum

retinere non poteſt, *ait Feudiſta.* Econtra eosdem ad feuda admitti poſſe ex eo dicendum videtur. 1. quod Vaſallus ſine culpa feudum non amittit. *c. unic. de feud. ſine culp. non amitt.* Si autem defectus, *de quibus ſupra*, inter culpæ ſpecies referri non poſſunt: nec enim id quod à natura profluit, fraudi cuiquam eſſe debet *argum. l. maximum vitium. C de legit. hered. l. penultim. C de legit. hered.* 2. Inter dominum & Vaſallum æquitas vel maximè ſpectari debet. *c. unic. in fin. de prohib. feud. alien. per Frider. c. unic. §. prædictis. ibi: æquitati obſecundari ſolitus. quæ fuit prim. cauſ. beneſ. amit. c. unic. §. ut autem æquitas de pac jur. firm.* quis autem id æquum eſſe dixerit, ſi dominus, qui ſemel feudum Vaſallo conceſſit, & pro eo agnovit propter eum caſum, quem nemo hominum præſtare poteſt, feudum receperit. *argum. d. l. maximum vitium. C. de lib. præter.* 3. Si ideò non ſervierit Vaſallus, quia non potuit, feudum non amittit, *inquit Feudiſta in c. unic. verſ. ſed eſt alia juſtior. quæ fuit prim. cauſ. beneſ. amit.* Atqui ſuperioribus defectibus laborantes ſervire nequeunt; & conſequenter feudum non amittent, quod magis ac magis formula juramenti cõfirmatur; illa enim conditionem de poſſibili annexam habet. *c. unic. de form. fidelit. 1. unic. de nov. form. fidel.* 4. Deniq; id confirmat *c. unic. An mut. vel al. imperf. feud. ret.* Mutus, & ſurdus, & cæcus, claudus vel aliter imperfectus, etiamſi ſic natus fuerit, totum paternum feudum retinebit. *&c.* qui dicendum? Equidem hujus rei deciſionem ſumerem ex verbis *d. c. unic. An mut. vel al. imperf.* quia ipſum ſervire non valet, *ait Feudiſta*, quæ ratio ut rectè propoſita cenſeatur, ſi à nobis explicari debet: Mutum ſurdum, cæcum & aliàs imperfectum tùm feudum non retinere, quandò talia ſunt ſervitia. quibus idoneus imperfectus non eſt; nec injuria; nam deficiente cauſa, effectus quoq; ut deficiat mirum non eſt *c. cum ceſſante. De appell. l. ex his omnibus. de condict. indeb. l. 1. l. nihil refert. de condict. ſine cauſ.* Verum ſi talia ſint ſervitia, quæ, ab illo rectè expediri poſſunt: *Exempli gratia:* Titio capitanei officium demandatum eſt is poſtmodum claudicare cœpit; nihilominus autem in equo poterit ei præeſſe officio, quis unquã tàm rigidæ frontis cenſor ipſi feudum adimeret. Idem judicium de muto, ſurdo, cæco, & aliis ſit, quibus ſi talia ſint ſervitia feudi intuitu demandata, ut ſtante quamvis impedimento iis defungi

poſſunt,

possunt contenderem & feuda ipsis, quamvis in eos defectus inciderint, relinqui debere: cum quia id, quod citra eorum culpâ contingit, & quod naturaliter ipsis accessit, fraudi esse haud debeat. *d. l. maximum uitium, C. de liber: prater.* tum quia id textus satis expressus innuat *in d. c. unic. An mut. vel al. imperf. feud. retin.* qui etsi multorum censuram sustineat, existimo tamen id, quod volumus, & satis dilucidè confirmari, si modo initium eiusdem accipias de tali muto aut, surdo qui possunt servitia solita, non attento vitio, præstare: posterius membrum de iis qui servitiis obeundis impares sunt. Quæ interpretatio etsi ad vulgarem non accedat, incommodum tamē sensum non habet, & eo non minimum fulcimentum recipit, quod principium fini & e contra consentiat; qua distinctione facilis concordia inter *d. c. unic. An mut. vel al. imperf.* & *d. cap. unic. Episcop. vel Abbatiss.* Posterius enim de eo muto intellexerimus, qui servire non potest, res clara est: ut *Hottomanni* sententia contrarietatem eorundem admittentis haud recipienda fuerit. Hæcque hactenus dicta non solùm in imperfectis ab accidenti talibus verum etjam natura obtinent. Idque similitudine rationis. Cum enim feuda certorum servitiorum intuitu concedantur, atque ea, si idoneus imperfectus sit, nulla utique consideratio naturalis aut accidentalis vitii haberi debet, eo vel maximè accedente, quod non incogniti juris sit, id, quod semel legitimè factum est, ex supervenienti casu non retractari, aut in irritum vocari debere. *l. 2. ff. de itin. actuque privat. l donationes in concubinam. ff. de donat.* quam regulam agnoscit etiam Feudist. *in c. quæsitum scio. in capit. extraordin. sit secus post delat. success.* & non obscurè indistincta locutio *d. c. unic. vers. mutus. Episcop. vel Abbatiss.* evincit. Multò magis feudum retinebit is, qui imperfectus ab initio fuit, licet servitia præstare non possit. Imputet enim sibi dominus, quod talem Vasallum elegerit; ideoque interpretatione voluntatis verosimile arbitramur, dominum servitiorum hanc gratiam Vasallo fecisse, quod per alium eadem præstare possit; argumento eorum, quæ in præcedentibus de fœminis & impuberibus dicta sunt. Atque his dictis nihil officiunt illa, quæ in partem eam disputata sunt, quæ imperfectos feudo arcere videtur. Nam primum argumentum concludens ad id, quod

quod collimat, non est; licet enim mutus loqui; surdus audire non possit, nihil tamen obest, quo minus per eum modum, quo possunt, domino fido consilio adsint: nam etiamsi surdus non audiat, si tamen quid cognoscat domino imminere, puta literis amicorum poterit id domino significare; ideò judiciū de muto est, qui etsi loqui non potest, nutu tamen id significare poterit. *arg. l. qui id quod. 33. § mutus ff de donat. l. mutus & surdus. ff de procurat.* Alterum argumentum respicit servitia militaria, quæ ponimus talia esse, ut non difficulter ab imperfectis præstari possint: Et ideò non rectè in ejus confirmationem profertur *c. unic. verf. sed non est. quæ fuerit prim. cauf. benef. amit.* non est alia justior causa beneficii, *ait text*, amittendi, quàm si id, propter quod beneficium datum est; non præstetur à Vasallo; quod & nos concedimus, volumusque ut imperfecti servitia sua obeant; ideoque ea talia esse statuimus, quibus pares sunt: quod si enim tale servitium feudum requirat, quod Vasalli personæ non congruat; ut si muto advocati, vel tale officium beneficii intuitu incumbat, quod vocem & loquelam desideret, omninò ei feudum adimendum esse concludimus. De objectione tertia ex *d. c. unic. verf. mutus Epis. vel Abb.* jam diximus. XLIV.

Constringimus tamen superiora in iis defectibus, qui animum concernunt, quibus laborant furiosi, nisi tempore dationis tales sint.

XLV.

Constringimus itidē in iis qualitatibus, quæ ratione delictorum Vasallis obtingere solēt, ut si proscribantur, in hæresin incidant, læsæ majestatis aliove publico crimine notentur: iis n. omnib. usq; adeò feudi omnis spes præciditur, ut ne quidem de novo investiri possint: qua de re videndus Rosenth. in thesaur. feud. c. 3. concl. 19. & 23.

DISPUTATIO QUARTA.

De Rebus, quæ in Feudum dantur.

RESPONDENTE
LAURENTIO KÆSTELIO.

THESIS I.

ABsoluta personarum tractatione, sequitur rerum consideratio; quæ etsi, ut feudi definitio ostendit, immobiles esse debeant; earum tamen ubertas prolixiorem explicationem desiderat. De iis autem hanc regulam proponit Feudista in c. unic. vers. sciendum. de feud. cognit. *Sciendum est*, ait, *feudum non nisi in rebus soli, aut solo cohærentibus, aut in iis, quæ inter immobilia connumerantur (veluti cum de Camera vel de cavena feudum datur) consistere posse.*

Qui regula tria complexus est, quæ si mediocri stylo prosequamur, sine magna difficultate eas res, quæ in feudum concedi possunt, intelligemus.

II.

Ac primum de priori dicamus, id est, de rebus soli, qualis est area & fundus, & arcum, & hortus l. si areæ. 73. de usufr. l. repeti. 5. §. 2. & 3. l. fundo. 8. cum seq. ff. quemadmodum ususfr. amit. *Itemque fodinæ, sive sectura auri, argenti, ferri, plumbi, & cæterorum metallorum; itemque lapidis, calcis, arenæ, picis, cretæ, sulphuris.* l. item si 9. & l. si cujus. 13. §. inde. ff. de usufr. *quæ ideo in feudum dantur, quod sui natura perpetuæ sint, & usui esse possint, salva earum substantia; Et quamvis semper earundem ususfructus perpetuus non sit.* c. unic. de feud. Guard. vel Castald. *perpetuæ tamen res ipsæ manent: Et quamvis ad tempus concedantur.* c. unic. de feud. impr. in capit. extraord. *id tamen cum incertum sit.* l. ult. ff. si ager vectigal. *pro perpetuo habetur.* arg. l. juris peritos. ff. de excusat. tutor.

III.

Exinde mobilium rerum feudum constitui non posse constat, quæritur tamen, an cautio-

ne interveniente improprium in iis feudum saltem constitui poßit?

Quod nonnulli affirmant, idque 1. argumento ejus, quod tradit Imperat. *in. §. 2. Inst. de usufr.* Et Ulpian. *in l. 1. de usufr. ear. rer.* Omnium rerum, quæ in cujusq; patrimonio sunt, *ait*, usum fructũ constitui posse, etiamsi usu consumantur, adeò ut pecuniæ & mancipiorum, & nummorum veterum cõstitui ususfructus; aut potius quasi ususfructus possit *l. 1. & seq. ff. eod.* Feudum autem nihil aliud est quàm ususfructus. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* quapropter ut civilis, ita & sic feudalis ususfructus rerum tàm mobilium quàm immobilium erit. 2. neque inutilis cautio hoc casu erit, sed ea remedium introducitur, ut quæ naturaliter domino interversa est proprietas, fictione quadam interversa non videatur. *l. 2. §. 1. l. 7. ff. de usufr. ear. rer.* atque ita loco proprietatis penes dominum sit, *l. 49. in fin. ff. de V. S.* Ex quo nunc tertium argumentum profluit; cui forma competit, eidem ut formatum competat necesse est; huic a. feudi constitutioni forma feudi cõvenit, siquidẽ illa est in eo præcipuè, ut proprietas penes dominum maneat, ususfructus in accipientem transeat, abq; eo fidelitas præstetur. *d. c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit. c. unic. de form. fidelit.* Ergò & formatum competet, & feudum dicetur. 4. videtur id confirmare *c. unic. si de feud. Vasall. ab. aliq. interpell. fuer.* ubi victus judicio Vasallus domini vocati & non defendentis culpa, dominus feudum ejusdem æstimationis, quod erat tempore rei judicatæ restituere, vel nummos in feudum dãdos numerare cogitur. Et subjicit *ibi d. Hottom.* notandus est *inquit* locus, ex quo intelligitur pecuniam in feudum dari posse. Verum si penitius hæc & illa, quæ pro opinione altera in contrarium disputari possunt, consideraverimus, haud dubiè, quæ nunc sequetur, potior videbitur: Idq; propterea, quod cautio illa, cui nimiũ cõtrasentientes tribuũt, nunquã efficere possit, quo minus pecunia, vinũ oleum, similiaq; mobilium jure censeantur: mobilia autem ex juris feudalis dispositione in feudum dari non possunt. *c. unic. vers. sciendum. de feud. constit.* 2. si illud de cautione admiserimus, fit id saltem propter consensum domini, qui potest enim, quem voluerit ordinem, dare rebus suis. *l. in re mandata. C. Mand. l. nemo*

C. de judæi. Consensus autem ejus non valebit contra substantiam & essentiam feudi, quam cum peculiarem hanc jus feudale in feudis constituerit, ut semper in re immobili sit. *d. c. unic. vers. sciendum de feud. cognit.* non poterit eadem ab ullo mutari. *arg. l. jus publicum de pact.* Idque exemplo aliorum contractuum constare poterit; emptionis substantia consistit in merce, pretio & consensu. *l. 1. de contrah. empt. in pr. Instit. de Empt. & vendit.* quorum si unum contrahentium voluntate mutetur, ut puta si pro re res detur, non amplius emptio, sed permutatio erit. *l. 1. de rer. permutat.* licet maximè contrahentium in hoc voluntas tendat, vel neque emptionis, non permutationis contractum esse: quæ n. sint substantiæ permanente re, mutari nunquam possunt. 3 pro confirmatione hujus sententiæ id repetendum est, *de quo paul. antè, scilicet* hanc feudi notam peculiarem esse, quod animo & intentione perpetuò manendi apud Vasallum ejusdemque hæredes detur. *d. c. unic. in fin. quib. caus. feud. amit.* Ea autem rebus mobilibus competere haud potest: siquidem earundem usu peritura est substantia: nec dixeris cautionis remedio induci perpetuitatem; quoniam illa non propter accipientem, sed propter dantem interponitur, hocq; præsertim fine uti propter illã casu emergente danti in tuto sit proprietas. *arg. §. constituitur. Inst. de usufr.* perpetuitatem verò respectu accipientis, ejusdemq; hæredum consideramus. *d. c. unic. in fin. In quib. caus. feud. amit* quæ nunquam in rebus mobilibus esse potest, siquidem, *uti jam diximus*, earũ nullus usus est, nisi in abusu. *d. § constituitur. Inst. de usufr.* Ex quo nunc 4 sic arguitur: proprietas feudi manet apud dantem, ususfructus transit in accipientem, *d. c. unic. in fin. In quib. caus. feud. amit.* At rerum mobilium non est ususfructus, qui nõ secum trahat proprietatis interitum: *d. §. constituitur. de usufr.* Unde Paul. *J Ctus* pecuniam servari non posse scribit *l. Julianus. 30. ff. de petit. hæred.* Et *Constantinus Imperator* pecuniæ fænerandi usum vix diuturnum, vix continuum & stabilem esse ait *l. ex quæ. 22. C. de administr. tutor.* Nec refugiendum hîc ad cautionem: illa n. nunquam ne quidem per rei naturam efficere poterit, quo minus proprietas verè danti intervertatur, neque ad hunc finem interponitur, sed saltem propter rei casu existente restitutionem. *d. §. constituitur.* Sunt qui superiora admittunt de feudo proprio: at impro-

prium

prium in re mobili constitui posse volunt: siquidem notum est, naturalia feudi pactis contrahentium mutari posse. Ejusmodi autem est feudi proprietatem penes dantem remanere: itidem illud, perpetuo ad omnes descendentes transire. *Schrader. p. 2. c. 2. n. 42 de feud. Zas. p. 12. de feud.* Verum nihil proficiunt; quia quod in controversia est, non naturale est sed feudi substantiale, scilicet ut res in feudum concedenda sit immobilis. *d. c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* quod fatentur *Dd.* communiter. Ejus verò rationes sunt illæ quæ prolatæ sunt, quas si evertere volumus, ad fundamentum principale deveniendum, inspiciendumque, an sublatis ejusdē rationibus id nihilominus persistat vel corruat. Quapropter etiamsi fateamur, proprietatem posse transire in accipientem; itidem etsi largiamur, conditionem hanc feudi cōstitutioni addi posse, ut non perpetuò penes accipientem maneat, id omne tamē sic intelligi debet, dato habili principali, ut scilicet res immobilis sit, quæ in feudum datur, nec aliter dici posse; illa ipsa naturalia nobisque opposita patiuntur, quorum nulla est proprietas, nulla perpetuitas rerum mobilium, quę nō earundem usu extinguatur, ut sic in vanum de rebus mobilibus, an ipsis hæc naturalia accedere possint, disceptetur. Nō obstat primum illud pro sententia contraria adductum, quia ab exemplo ususfructus civilis ad usumfructum feudalem deductum fuit, quoniam quod rerum mobilium ususfructus, cautione intercedente, esse possit, id non tàm cautio, quàm Senatus decretum facit *d. §. constituitur. de usufr.* de feudali autem usufructu nullum tale decretum, nulla constitutio extat, quin potius jure illo contrarium evidenter provisum est. *c. unic. in fin. In quib. caus. feud. amit.* ut nihil interim de cautionis fragilitate adjiciam, cujus intuitu non uno in loco plus cautionis in rem esse, quàm in personam agere nostri respondent. *l. plus cautionis ff. de R. I. l. 1. §. 1. de superfic. l. qui ita institutus. §. 1. ibi: propter fragilitatem cautionis. ff. ad SCtum Trebell.* Qua ipsa responsione alteri argumento occurrimus, quo perfectionem proprietatis seu dominii directi perpetuitas urgebatur *arg. l. 2. §. 1. ff. de usufr. ear. rer.* nec enim fictio unquam efficiet, ut res mobilis immobilis fiat quàm tamen præcisè jus feudale desiderat. *d. c. unic. in quib. caus. feud. amit.* cumque ea proprietatis continuationem, quæ per rerum naturam nulla est rerum

 mobi-

mobilium.*l.Julianus ff. de hared.petit.* Quod tertio loco opponebatur, rerũ mobilium feudo competere feudi formã, plane falsum est, si formam externam, quæ materiæ habilitatem respicit, consideraverimus, qua sine frustra de forma interna, quæ in opposito argumẽto proponitur, inquiritur, exemplo depositi, cujus forma interna est, custodia *l.1.in pr.ff.depos.* quam si ad res immobiles traducere velis, externa forma, quę res mobiles saltẽ custodiri posse docet *l.31 de act.empt.* eam nõ admittet: quapropter argumentũ oppositum rectè inverti potest; cui forma non competit, eidem nec formatum competere poterit: at forma feudi, quę in eo est, ut proprietas penes datẽ, ususfructus penes accipientẽ transeat, proque eo fidelitatẽ domino præstet, non competit rei mobili, *sicuti superius demonstratum est.* Ergò ultimo loco propositum fuit *c.unic.si de feud.Vasal.ab aliq.interpell fuer.* Ex quo rerum mobilium feudum esse posse opinatur *Hottom.* Verum communiter respõderi solet; non Feudistæ hanc mentem esse, quod ipsi nummi deberent esse in feudo, sed vult nummos numeratos in feudi alterius emptionem esse convertendos: Quam communẽ responsionem ita impugnare licet, si dixerimus, in opposito *cap.* fieri oppositionem inter feudum & nummos dandos; sic enim feudista loquitur, ut dominus Vasallo ejusdẽ ęstimationis, quod erat tempore rei judicatæ, feudum restituat, vel nummos in feudũ dantos numeret, quasi diceret: si non potest in feudum dare rem immobilẽ, det in feudum nummos. Ut igitur oppositio cõstet, aliud priore in casu, id est, ubi feudũ habet & dat, erit: aliud in posteriore, ubi feudũ æquivalens non habet, & nummos dat, erit. Verum à cõmuni intellectu recedendũ non est, nec sensũ litera alterum fovet, siquidem non ineptè verba illa; *vel nummos in feudum dandos numeret;* interpretari possint, ut numerati nummi in feudum dentur, id est, cõvertantur, scilicet feudo alio nũmis cõparato. Nec hunc sensum morabitur oppositio superior, quia non respectu rei mobilis vel immobilis exaudiri debet sed respectu habito ad personam domini, habeatnè is scilicet feudũ æquivalens vel non: ut hoc casu nummos det, queis ipse vel etjam Vasallus aliud feudum emat. IV.

Quæramus jam; An si data res mobilis sit,

sit, proq; ea juramentum fidelitatis præstitum, an saltem jure alterius contractus innominati, puta do ut facias, valere possit?

Et sunt qui id arbitrantur. 1. Est n. ultrò citroq; contracta obligatio. *l. Labeo. 19 de V. S.* agitur quippe id, ut pro fide præstanda pecuniā accipiens habeat. 2. quia omne juramentū, quod non vergit in dispendiū æternę salutis, servandū est. *c. cū contingat. de jurejur.* hoc a. juramentum fidelitatis tale est, quod patet. Ergò 3. Juramentum facit, ut actus valeat eo quo potest modo. *l. 77. §. filius matrem. 23. de legat. 2.* Undè licet minores res suas alienare sine consensu curatorum non possint *l. 1. de reb. Eccl.* si tamen accesserit juramentum, valet alienatio *auth sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* Sic fundi dotalis alienatio prohibita est, lege Julia *tot. tit de fund. dotal.* per mulieris tamen juramentum confirmari solet *c. 2. de jurejur. in 6.* Quapropter etsi in casu nostro jure ordinario non valet actus valebit tamen propter juramentum. Qua in sententia est *Fr Duar. c. 5. n. 1.* Econtra alii id negant, voluntq; condictione sine causa rem datam repeti posse. *l. 1. de condict. sin. caus.* Ideò a. sine causa apud accipientē esse existimant, quod hic contractus, licet juramētō vallatus, nullus sit, utpote substantiā feudi incurrens. *d. c unic. in fin. In quib caus. feud. amit.* cui argumento respōderi potest, causam subesse in fidelitatis præstatione; eā quippè si præstiterit sine causa apud Vasallum res nō erit, nisi replicaveris, causā eam feudi notam esse, soliq; feudali contractui convenire; à quo cum rei mobilis natura abhorreat, causa quoq; ut ei haud æquè conveniat, dicendum videtur. Verū contra hāc replicationē statuēdum, liberè quemvis de rebus personaq; sua disponere *l. in re mandata. C. Mandat.* Quapropter cum dominus de re sua disponat, non quidē ut sit feudalis, sed si permaneatq; allodialis, haeq; etiam conditione suscipiat accipiens, proq; ea haud invitus obsequium præstet, atque ita factum personæ suæ respiciat, inconvenienter haud hunc cōtractum in innominatū, quemque diximus. do ut facias, transire statuemus; cum quia lex contractus servanda est, *l. contractus de R. I. l. 5. C. de O. & A.* tum quia licet non feudi obligatio personalis, tamen quo minus ex eo oriri possit, nulla obstat ratio. *arg. l. venditor. 13. ff. commun. præd.*

V. *Quid*

V.

Quid dicemus, si Vasallus feudum suum vendiderit, eritnè pecunia ex venditione redacta feudalis?

Id quidem consulendo volui: *Henning. Gœden. consil. 84 n.* [illegible] cum, quod pretium succedat loco rei; & id ò sicut res ipsa [illegible] liter & precium peti poterit. *l. si rem & pretium ff. de hered.* [illegible] *l. si cum servum ff. de reb. credit l. mater. C. de rei vindic.* tum quod surrogatum sapere debeat naturam ejus, cujus in locum [illegible] tur, & recipiat omnes ejus qualitates *l. si cum. § quo injuria* [illegible] *quis caut.* allegat sibi consentientes *Io. Andr. Alvarot & a* [illegible] *si de feud. Vasall. ab aliq interpell.* Verum contraria opinio ut communior, ita & verior est: nititurq; textu satis expresso *c. si Vasallus de beneficio si de feud. defunct. fit content. ibi*: nec quod accipit transactionis nomine. feudum erit: quod ipsum *Franc.* [illegible] *cons.* [illegible] *& Schurf cons. 22 n. 2 Kent. 7.* de pecunia intelligunt, nec etsi pecunia ex feudo redacta sit, negari potest, pecuniã esse, adeoq; mobilium jure censeri; Mobilium autem rerum feudum non esse, jam satis superque demõstratum est. *d. c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amitt.* [illegible] ꝙ pluribus comprobant *Schurf. de cons 22. Wes. cons. 79. Koppen decis. 18. Fachin. post volum 2. Modest. Pistor cons. 10 q. 2.* Non obstant *Henning. Gœden.* in contrarium adducta argumenta: quod n. contendit, pretiũ locũ rei subire universaliter, verũ non est. Nam [illegible] *v. 11. § final. de furt.* dicitur, quod pretiũ rei furticæ non sit furtivum & pretium hominis vẽditi non ex re, sed propter negoci[illegible] percipitur *l. venditor. 21. de hered. vel act. vend.* Quapropter [illegible] dendũ est; axioma ꝓpositum procedere, cum res ejusdẽ [illegible] ræ, cujus est pretiũ: At nunc ostensum est feudi naturæ pecuniæ cõstitutionem planè contrariam esse, ita ut hic acceptare liceat communem traditionem, mutata scilicet specie rei commutari & extingui rẽm ipsam. *§. si tamen. vers. nam extincta res. Instit. de rer. divis.* nec amplius eandem dici *l. Julianus. § si quis rem. ff. ad exhib.* Quod secundo proponit, surrogatum sapere naturam surrogati, similiter à nobis explicatur, data paritate utriusque idq; exemplo Geradæ illustrat *Vesemb. d. loco*, quæ jure Saxonico

pœnoer

pertinet ad proximam neptem à linea materna conjunctioni; ea tamen si in vivis distracta fuerit, precium vel subrogatum non subintrat vicem Geradæ. Effectus hujus quæstionis magnus est: si enim pecuniam ex feudo redactam feudalem esse dixerimus, consequenter ad solos masculos exclusis fœminis pertinebit. Sin verò allodialem, quod nos volumus, pariter cum masculis fœminæ admittentur. Erit tamen feudalis, si inter vendentem & agnatum talis pactio inita sit, quod pecunia redacta ex feudo in feudum reducatur; Ad cujus comprobationem inducit *Modestin. Pistor consil. 5. q. 4.* vulgatam regulam, quod nihil tàm humanæ fidei congruum sit, quàm ea, quæ inter contrahentes placuerunt, servare. *l. 1. de pact. l. 1. de constit. pecun.* quapropter si decedat is, qui promisit, hæres ejus ad implementum tenetur. *l. veteris. C. de contrah. & commit. stipul.* non quidem ut præcisè feudum emat: est enim hæc obligatio facti; sed ut interesse præstet, ut jus est in omni obligatione facti. *l. stipulationes. 72. vers. Celsus. l. quotiens 81. l. 112. §. 1. de V. O.* quo casu damnum nullum sentiunt agnati, *inquit Koppen. n. 11.* quia totum interesse consequuntur: atque hanc sententiam approbant *Electorales Constitutiones p. 3. q. 30.*

VI.

Addit Feudista: IN REBUS SOLO COHÆRENTIBUS *feudum consistere.* d. cap. unic. vers. sciendum. de feud. cognit. *veluti sunt castra, quorum feudum constituitur.* c. unic. vers. similiter. si de investit. feud. controv. fuer. *cæteraq; ædificia, quorum ususfructus jure civili est.*

l. 7 ff. de usufr. ubi *Ulpian* ait: Ædium usufructu legato, quicunq; reditus est, ad fructuarium pertinet: quæq; obventiones sunt, ex ædificio, ex areis, & consequenter piscinis & stagnis, dummodo perpetuitatis gratia pisces repositi sint. *Guid. Pape. decis. 91.* Nam *ut ibid. Additionator ait*, fiunt stagna propter pisces,

 sicut

ſicut arva propter fruges; & ſic cum piſces ſint cauſa ipſius ſtagni vel piſcinæ, non abſonum eſt, conceſſo ſtagno & piſces conceſſos dicere: quod etiam eo caſu admittendum eſt, quando non conſtat, utrum perpetuitatis vel cuſtodiæ ac quotidiani uſus cauſa piſces habentur, maximè cum eorum utilitas in piſcibus conſtat.

VII.

Dubium hic oritur: An inter res ſolo cohærentes etiam fructus pēdentes referri poßint, ita ut illi in feudum ſine fundo dari poßint?

Sciſell. *in ſpecul feudor. in rubr. quæ res in feud. dar. poſſ.* Et noviſſimè Joh. Niell. *diſput feudal. 3. theſ. 1.* id negant. Communiter affirmatur; idque argumento à toto ad partem ducto. *l. quæ de tota 76. de R. V.* fructus autem pendentes pars fundi ſunt. *l. 44. ff. de R. V.* Ergò uti fundus tanquam totum, ſimiliter & fructus tanquam pars in feudum dari poterunt. Inde & *Johan. Copus. lib. 1. tit. 3. c. 6.* ait: quod fructus pendentes res immobiles ſint, neque mobilibus annumerari poſſint. In rebus autem immobilibus quin feudum rectè conſtituatur, nullum dubium eſt. *d. cap. unic. verſ. ſciendum. de feud. cognit.* quod argumentum etſi nobis eriperetur, negari tamē nō poteſt, quod fructus ſolo cohærēt. *d. l. 44. ff. de R. V. l. ſi fraudator. § fructus. ff. quæ in fraud. credit. l. Julianus. §. ſi fructibus. 10. ff. de act. empt.* Ergò in feudum rectè dantur. *d. c. unic. verſ. ſciendum de feud. cognit.* Verum hoc ſe non percipere fatetur *Niell. d. loco.* ſi enim de fructibus unius anni tantum hoc intelligatur, *ait*, non video, quale ſit illud futurum feudum, ex quo nulla utilitas percipi poteſt, niſi ſimul feudum extinguatur; extincta ſcil. re immobili, quæ conſtabat fructibus, quibus perceptis, eam extingui neceſſe eſt. Verum ut huic argumento primo occurratur, non hoc volumus, feudum in fructibus unius anni conſtitui. Eſt enim feudi hæc natura, ut perpetuò ad vaſallum pertineat. *d. c. unic. in fin. In quib. cauſ. feud amit.* ſed ut feudo in fructibus conſtituto, id de annis quamplurimis, & feudo perpetuo intelligatur. Sed replicet *Niell.* Si de perceptione multorum annorum intelligatur, non minor eſt difficultas. Statuunt

feu-

feudum seu usumfructum fructuum pendentium: quid hoc est? Dominus curabit fortè fundum coli singulis annis, donec fructus maturi sint: tum percipiet eos per se vel suos vasallos. Sed quid interest, ipse ita percipiat, an verò dominus à solo separatos ipsi tradat. Et verò hoc casu quænam erit proprietas? (usufructus enim semper præsupponit proprietatem) In fundo considerari nō potest, quia ejus non est ususfructus. Non in fructib. pendentibus, quia ad vasallum pertinent, saltem percepti, & sequeretur hoc absurdum, quod toties, quoties fructus percepti essent, interiret proprietas, donec alii fructus penderent. Verum hæc *Niellii* instantia non tantum fructus in feudum dari posse negat, verum omnium rerum incorporalium feuda simul impugnat, in quibus negocium totum metimur ex jure concedentis, quod ei propter rem competit, quia fundi dominus est: dominii quippè intuitu potest percipere fructus; potest itidē alteri effectum dominii, qui in jure fructus percipiendi consistit, concedere: quo casu concedenti jus directum intervertitur, siquidem domino vel verè in reliquo toto, sc. fundo, vel fictè saltem remanet: fictè ita ut quemadmodum fundi intuitu, cui adhærent, immobilium jure fructus censentur; ita ejusdem beneficio videtur domino junctum jus in intellectu manere, verè ac si parte consumpta totum in ejus locum substituatur.

IIX.

Cohærent hoc amplius solo molendina, quæ an in feudum dari poßint, quæri solet?

Et quidem si immobiliter terris vel aquis infixa sunt, nō dubito, quin in feudum rectè dentur; cum quia solo cohærent; tum quia pro immobilibus habentur. *l. 1. §. planè si quis. 8. ff de vi & vi arm.* Sin v. instar navium supernatare solent, quæ vulgò Schiffmülen dicuntur, non una omnium est opinio. Nam *Francisc. Curt. Jun. in p. 1. q. 6. n 11.* per indistinctā locutionem videtur id affirmare. 1. quia mobile immobili cohærens censetur immobile. 2 quia ut ipse *Curt. d. loc. n. 10.* ex *Bald.* refert, omnes res, ex quibus fructus percipiuntur, inter immobilia cōputantur. Quòd autem ex hujusmodi molendinis fructus & reditus percipiantur, notum est.

Verum contra hanc *Curtii* opinionem est communis opinio: quæ non leviter demonstrari potest *ex l. Titius horreũ. 60. ff. de acq. rer. domin.* Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii prædio posuit, quæritur, permaneatne Titii, vel Seii fiat? dubitandi ratio est contra Titium, quod quæ alterius solo inædificantur, soli domino cedant. *l. 9. ff de acquir. rem. dom.* Verum pro Titio pronunciat Scævola, ejusq; permanere horreum respondit; quia non inædificatum infixumq; solo fuit, quod requiritur, ut domino soli cedat. *l. fundi. l. granaria ff. de act. emp.* Quapropter re in argumentum ducta, licet molendina aquis supernatent, tamen quia solo infixa non sunt, pro immobilibus haberi non debent; & sic consequenter in iis feudum constitui non poterit. *c. unic. in fin. In quib. caus. feud. amit.* Non obstant argumenta *Curtii*. Nam primum loquitur de re mobili solo infixa: alterum planè falsum est: nam ex jumentis fructus percipitur, nec tamen in iis rectè feudum constitui quis dixerit.

IX.

Sequuntur nunc res, quæ inter immobiles connumerantur, veluti cum de Camera aut Cavena feudum datur.

d. c. unic. vers. sciendum, de feud. cognit. circa quas *Hottomann.* hæc generalis est objectio: Feudi duæ sunt partes, subjectum (sive ut *Ulpian.* græco more appellat substantiam, quale est prædium) & accidens, quod in jure utendi fruendi consistit: quomodo autem jurium feudum esse poterit, cum eorundem ususfructus constitui non possit. *l. 1. de usufr. legat. l. videamus. 19. de usur. l. cum essent. 33. in fin. ff. de servit. rustic.* quippe cum ejusmodi ususfructus nulla sit substantia; qua de causa ne in fundo quidem vectigali, h. e. emphyteusi ipso jure constituitur. *l. 1. quibus mod. ususfr. amit.* Verissimum est igitur, concludit *Hottom. c. 15. in disput. Feudal.* feuda propriè dici non posse, nisi quorum corporea est substantia. Verum hæc *Hottoman.* objectio est contra textum *d. c. unic. vers. sciendum de feud. cognit.* qui & objectionis *Hottomannicæ* resolutionem continet: cum enim aut res mobiles aut immobiles sint, ignotumque haud esset, feudistæ jura quoque

esse, quæ etsi ex civili jure neque mobilia, neque immobilia esse videantur *l. à Divo Pio §. sic quoq; §. penult. ff. de re judic. l. servum 44. §. eum qui. l. legatum. 105. de legat. 1. l. cum hæreditas. 25. ff. famil. erciſc.* ex communi tamen juris feudalis observantia, Feudista eadem non tertiam aliquam speciem esse, sed vel mobilibus vel immobilibus annumerari consultius credens inter immobilia jura retulit *d. verſ. ſciendum de feud. cognit.* quorum constitutione substantiæ loco est jus illud dominii, cujus vigore dominus concedit, usus-fructus verò, factum percipiendi, quod ex domini jure resultat: quapropter cum dominus ex Camera, i. e. ærario vel area certam pecuniæ summam, vel ex Caneva, frumenti vel vini certam mensuram quotannis concedit, penes dominum proprietas est, cum propter jus dominium, tum etiam propter rem, ex pecunia aut frumentum promitur, penes vasallum est ususfructus, propter perceptionem realem.

X.

Inter illa etiam, quæ immobilibus accensentur, supremum meritò locum obtinent jura illa, quæ dicuntur REGALIA, *sic dicta, quod soli Regi competant, quem in textibus feudalibus interpretamur Imperatorem.*

Ex eo dubitatio tollitur, cur sc. potius Regalia, quàm Principalia appellentur: & probatur *1. F. 1. & 2. F. 27.* notat *Hottom. in lex. Feudal. verſ. regem.* Quod à Romana consuetudine abhorrere existimat: quod verum est, cum odium nominis regii etiamnum vigeret. Unde cum Scipionem Hispani regem salutarent, sibi maximum Imperatoris nomen esse dixit, quo se sui milites appellassent. Regium nomen alibi magnum, Romæ intolerandum esse, refert *Liv. 27.* verum postea imperio, ut videtur, in Græciam translato, non adversati sunt hoc nomen Imperatores. *l. ſinal. C. de legib. l. benè à Zenone. C. de quadr. præſcript.*

XI.

Definiuntur autem REGALIA *jura*

 soli

soli Imperatori, cuivè Imperator ea expressè vel tacitè habenda dedit, in signum praeminentiæ, ad imperii dignitatem & utilitatem ejus conservandam pertinentia.

Andr. de Isern. Alvarot. Borth. in c. quæ sunt Regal. Syxtin c. 1. n. 11. de Regalib. Vultej. 1. de feud. 5. n. 7. Rosenth d. c. 5. n. 2.

XII.

Nostri ea in Majora & Minora distribuunt. Majora, in quibus suprema Imperatoris potestas ac praeminentia relucet, quæ & jura majestatis à Bodino *vocantur*, 1. de republ. 10. *Minora, quæ ad rem fisci spectant.* Rosenth. d. c. 5. n. 3. Borchold. d. loco. n. 3. Sixtin. cap. 2. Vultej. 1. feud. 5. n. 7.

XIII.

Ad majora regalia pertinent: leges condere; Bellum indicere. Bodin. d. loco. *uti clausulà plenitudinis potestatis.* Zas. consil. 16. n. 12. lib. 2. *Pronunciare ita, ut à sententia appellari non possit.* l. 1. ff. à quib. appell. non lic. Bodin. d. c. 10. *Cognoscere de crimine læsæ majestatis.* Paris de Puteo in tractat. Syndicat. vers. de Except. *spurios legitimare.* Novell. 89. Zas. d. consil. 16.

Famæ

Famæ vel natalibus restituere. Borchold.d. c.unic.n.4. *veniam ætatis dare.* l.1. & 2.C. de his qui ven. ætat. impet. *creare Duces, Comites, Marchiones.* Porchold. d. loco.n. 4. Peregrin. de jure fisc. n. 39. *nobilitare.* Tiraquell. de nobilitat. c. 6. *Scholas publicas, quas Academias dicimus, confirmare, & privilegiis ornare.* Vultej. d.c.5. n.7.de feud. *Doctores, Licentiatos, Poëtas, Magistros, Tabelliones creare,* de quibus omnibus & aliis agit D.Regn.Sixtin. in tract. de regalib. c.2.

XIV.

Minora verò regalia explicat c. unic. quæ sunt Regal. *cujus tamen in constitutionis serie quin nonnulla referantur, quæ ad majora pertineant, nullum dubium est.* Sixtin.c.2.n.32. *Quemadmodum per contrarium alia, quæ Regalibus minoribus, nec tamen* in c.unic. *recensita, annumerantur, inveniuntur.* Cujac. ad d. c. unic. Vultej. d.c.5.n.7. Petr.Hægius.p.1. quæst.jur. Civ. & Saxon. c.15. n.45.

XV. *Quem*

inpr. Costal. in l. 1. ff quod cujusq; univ. quos refert & sequitur ... alijs Borchold. add. c. unic. n. 53 quæ sunt regal. Quorum ... verior est, quoniam in regalibus exactè discernendis ... do inspicienda est. At ex eâdem fieri videmus, ut civitates ... nulla habeant regalia, collectam tempore necessitatis ... civibus imponere possint. l. 1. §. quod si nemo ff. quod cujusq; univer. l. omnes. C. de operib. publ. Ergò. Quanquam non negaverim, affirmantium sententiam iis in locis veriorem esse, in quibus jus collectandi supremi Principis jussu prohibitum est, quemadmodum in Regno Galliæ edicta à Carolo IX. promulgata sunt, quibus expressè prohibitum est, ne fiat aliqua denariorum impositio, Rauchin. in addit ad Guidon. Papæ. d. loco.

XVII.

Sequitur nunc constitutio: REGALIA, inquit, sunt Armandiæ.

Jus sc. fabricandorum armorum. tot. tit C. de fabricens. Nov. 85. Cujac Baro. Hottom. ibid. Sixtin c. 3. VIÆ PUBLICÆ, quæ alii regiæ, consulares, item militares. l. 2. § viarum. l. final ff. de itin. publ. non solum ea ratione, quia protectione spectant ad Imperatorem; nam & sic totius mundi dominus appellatur l. deprecatio. ad L. Rhod. de jact. sed sicut antea in jure populi Romani, sic nunc solius Imperatoris sunt, ut ipse solus circa ea disponat, agat, sartas tectasq; conservet. arg. l. litora. ff. ne quid in loc publ. l. si in publico. ... ff. de aq. pluv.

XIIX.

Quid si in via homicidium committatur, juxta quam unus merum imperium habet, alter verò regalia, cujus est cognitio? R. Ejus esse, qui regalia habet.

Habet hanc quæstionem Petr. Jacobin. in tit. super jurisd. quem refert & sequitur Guid. Pap. q 577. concludendo, ad eum spectare, qui jurisdictionem aut imperium habet: probat Rosenth c. 5. concl. 22. Contrarium voluit Joach. Beust. in l. admonendi. fol. (mihi 4..) de jurejur. refert & sequitur Borchold, ad c. unic. n. 25. Rationem addo, quo-

quoniam ad eum spectat, qui regalia habet, videre, ut tutæ sint viæ. *l.10. in summa. ff de his qui dejec. vel effud. l. congruit. de off. præsid.* per consequens & cognitio ejus, si quid contra securitatem viarum cōmissum sit. *l.2. de jurid.* XIX.

Si autem hominis occisi cadaver ita prostratum reperiatur, ut pars contingat territorium ejus, qui merum imperium habet; pars verò viam publicam, rectius est, ut utriq; cognitionem tribuamus.

Ex communi opinione aliter hæc res decidenda erit: Fundamentum est *in l.44. de religios. & sumpt. funer.* ubi caput principalis pars hominis dicitur: A principaliore autem denominatio fieri debet *l. quæritur 10. de stat. hom.* Verum considerare debuerát Dd. nos non quærere, quænam pars principalior hominis sit, quę quęstio *in d.l.44.* necessaria erat, cū una sepultura sepulchra plura efficere non possit, nec homo magis, quàm facie dignoscatur, quæ ad pulchritudinis cœlestis similitudinem effecta dicitur *ex l.17. C. de pœn. (Cujac. 21. observ. 4.)* verum id maximè considerandum fuit, quisnam verosimiliter perpetratæ cædis locus; de quo si constet, tollitur omnis dubietatis ansa. *l.1. & Auth. qua in provincia. C. ubi de crim. ager opor.* reputari debeat: Ad cujus investigationem omninò, principalioris partis positio, supervacanea est: quinimò contendo, vix fieri posse, ut præsumatur, ubi caput reperitur, commissum homicidium, cum ex communiter contingentibus verosimilius sit, caput facilius projici, & alium in locum provehi, trunco corporis imoto, quod omninò capite humeris avulso, dicendum est. Si verò casum capitis conjuncti cū corpore consideraveris, tunc verosimilius eo loco, aut saltem ei admodum proximo, ubi pedes reperiuntur, cōmissum esse homicidium videtur. *Niell. disp. ult. feudal. coroll. ult.* quæ præsumptio etsi communi sit vero propinquior; non tamen regulam, quam nos potissimùm investigamus, ostendit: quia non rarò cōtingit, licet lethaliter vulneratus, quin pedem de loco moveat, & ut maximè id non fieret, propter obliquum corporis casum, in proclivi est, ut caput loco isti, in quo vulnus lethale accepit, propin-

V.

Quid dicemus, si Vasallus feudum suum vendiderit, eritnè pecunia ex venditione redacta feudalis?

Id quidem consulendo voluit *Henning. Gœden. consil. 84. n. 29.* cum, quod pretium succedat loco rei; & id ò sicut res ipsa similiter & pretium peti poterit. *l. si rem & pretium ff. de hared. petit. l. si eum servum ff. de reb. credit. l. mat. r. C. de rei vindic.* tum quod surrogatum sapere debeat naturam ejus, cujus in locum surrogatur, & recipiat omnes ejus qualitates *l. si cum. § quo injuriarum. ff. si quis caut.* allegat sibi consentientes *Io. Andr. Alvarot & alios in c. unic. si de feud. Vasall. ab aliq. interpell.* Verum contraria opinio uti communior, ita & verior est, nititurq; textu satis expresso *c. si Vasallus de beneficio si de feud. defunct. sit content. ibi*: nec quod accipit transactionis nomine, feudum erit: quod ipsum *Franc. Aretin. cons. 90. & Schurf cons. 22 n. 2 cent. 3.* de pecunia intelligunt, ne etsi pecunia ex feudo redacta sit, negari potest, pecuniã esse, adeoq; mobilium jure censeri; Mobilium autem rerum feudum non esse, jam satis superque demõstratum est. *d. c. unic in fin. in quib. caus. feud. amitt.* & pluribus comprobant *Schurf. de cons. 22 Wes. cons. 79. Koppen decis. 18. Fachin. post volum. 2. Modest. Pistor cons. 10 q. 2.* Non obstant *Henning. Gœden.* in contrarium adducta argumenta: quod n. contendit, pretiũ locũ rei subire universaliter, verũ nõn est. Nam *in l. qui vas. §. final. de furt.* dicitur, quod pretiũ rei furtivæ non sit furtivum & pretium hominis vẽditi non ex re, sed propter negociationem percipitur *l. venditor. 21. de hared. vel act. vend.* Quapropter respondendũ est; axioma ꝓpositum procedere, cum res ejusdẽ sit naturæ, cujus est pretiũ: Ac nunc õstensum est feudi naturæ pecuniæ cõstitutionem planè contrariam esse, ita ut hic acceptare liceat communem traditionem, mutata scilicet specie rei commutari & extingui rem ipsam. *§. si tamen. vers. nam extincta res. Instit. de rer. divis.* nec amplius eandem dici *l. Julianus. §. si quis rem. ff ad exhib.* Quod secundo proponit, surrogatum sapere naturam surrogati, similiter à nobis explicatur, data paritate utriusque, idq; exemplo Geradæ illustrat *Wesemb. d. loco*, quæ jure Saxonico

percipitur

pertinet ad proximam neptem à linea materna conjunctioni; ea tamen si in vivis distracta fuerit, precium vel subrogatum non subintrat vicem Geradæ. Effectus hujus quæstionis magnus est: si enim pecuniam ex feudo redactam feudalem esse dixerimus, consequenter ad solos masculos exclusis fœminis pertinebit. Sin verò allodialem, quod nos volumus, pariter cum masculis fœminæ admittentur. Erit tamen feudalis, si inter vendentem & agnatum talis pactio inita sit, quod pecunia redacta ex feudo in feudum reducatur; Ad cujus comprobationem inducit *Modestin. Pistor consil. 5. q. 4.* vulgatam regulam, quod nihil tàm humanæ fidei congruum sit, quàm ea, quæ inter contrahentes placuerunt, servare. *l. 1. de pact. l. 1. de constit. pecun.* quapropter si decedat is, qui promisit, hæres ejus ad implementum tenetur. *l. veteris. C. de contrah. & commit. stipul.* non quidem ut præcisè feudum emat: est enim hæc obligatio facti; sed ut interesse præstet, ut jus est in omni obligatione facti. *l. stipulationes. 72. vers. Celsus. l. quotiens 81. l. 112. §. 1. de V. O.* quo casu damnum nullum sentiunt agnati, *inquit Koppen. n. 11.* quia totum interesse consequuntur: atque hanc sententiam approbant *Electorales Constitutiones p. 3. q. 30.*

VI.

Addit Feudista: IN REBUS SOLO COHÆRENTIBUS *feudum consistere.* d. cap. unic. vers. sciendum. de feud. cognit. *veluti sunt castra, quorum feudum constituitur.* c. unic. vers. similiter. si de investit. feud. controv. fuer. *cæteraq; ædificia, quorum ususfructus jure civili est.*

l. 7 ff. de usufr. ubi *Ulpian* ait: Ædium usufructu legato, quicunq; reditus est, ad fructuarium pertinet: quæq; obventiones sunt, ex ædificio, ex areis, & consequenter piscinis & stagnis, dummodo perpetuitatis gratia pisces repositi sint. *Guid. Papa. decis. 91.* Nam *ut ibid. Additionator ait*, fiunt stagna propter pisces,

ſicut arva propter fruges; & ſic cum piſces ſint cauſa ipſius ſtagni vel piſcinæ, non abſonum eſt, conceſſo ſtagno & piſces conceſſos dicere: quod etiam eo caſu admittendum eſt, quando non conſtat, utrum perpetuitatis vel cuſtodiæ ac quotidiani uſus cauſa piſces habentur, maximè cum eorum utilitas in piſcibus conſtat.

VII.

Dubium hic oritur: An inter res ſolo cohærentes etiam fructus pĕdentes referri poßint, ita ut illi in feudum ſine fundo dari poßint?

Sciſell. *in ſpecul feudor. in rubr. quæ res in feud. dar. poſſ.* Et noviſſimè Joh. Niell. *diſput feudal. 3. theſ. 1.* id negant. Communiter affirmatur; idque argumento à toto ad partem ducto. *l. quæ de tota 76. de R. V.* fructus autem pendentes pars fundi ſunt. *l. 44. ff. de R. V.* Ergò uti fundus tanquam totum, ſimiliter & fructus tanquam pars in feudum dari poterunt. Inde & *Johan. Copus. lib. 1. tit. 3. c. 6.* ait: quod fructus pendentes res immobiles ſint, neque mobilibus annumerari poſſint. In rebus autem immobilibus quin feudum rectè conſtituatur, nullum dubium eſt. *d. cap. unic. verſ. ſciendum. de feud. cognit.* quod argumentum etſi nobis eriperetur, negari tamē nō poteſt, quod fructus ſolo cohærēt. *d. l. 44. ff. de R. V. l. ſi fraudator. § fructus. ff. quæ in fraud. credit. l. Julianus. §. ſi fructibus. 10. ff. de act. empt.* Ergò in feudum rectè dantur. *d. c. unic. verſ. ſciendum de feud. cognit.* Verum hoc ſe non percipere fatetur *Niell. d. loco.* ſi enim de fructibus unius anni tantum hoc intelligatur, *ait*, non video, quale ſit illud futurum feudum, ex quo nulla utilitas percipi poteſt, niſi ſimul feudum extinguatur; extincta ſcil. re immobili, quæ conſtabat fructibus, quibus perceptis, eam extingui neceſſe eſt. Verum ut huic argumento primo occurratur, non hoc volumus, feudum in fructibus unius anni conſtitui. Eſt enim feudi hæc natura, ut perpetuò ad vaſallum pertineat. *d. c. unic. in fin. In quib. cauſ. feud amit.* ſed ut feudo in fructibus conſtituto, id de annis quamplurimis, & feudo perpetuo intelligatur. Sed replicat *Niell.* Si de perceptione multorum annorum intelligatur, non minor eſt difficultas. Statuuor

feu-

feudum seu usumfructum fructuum pendentium: quid hoc est? Dominus curabit fortè fundum coli singulis annis, donec fructus maturi sint: tum percipiet eos per se vel suos vasallos. Sed quid interest, ipse ita percipiat, an verò dominus à solo separatos ipsi tradat. Et verò hoc casu quænam erit proprietas? (ususfructus enim semper præsupponit proprietatem) In fundo considerari nō potest, quia ejus non est ususfructus. Non in fructib. pendentibus, quia ad vasallum pertinent, saltem percepti, & sequeretur hoc absurdum, quod toties, quoties fructus percepti essent, interiret proprietas, donec alii fructus penderent. Verum hæc *Niellii* instantia non tantum fructus in feudum dari posse negat, verum omnium rerum incorporalium feuda simul impugnat, in quibus negocium totum metimur ex jure concedentis, quod ei propter rem competit, quia fundi dominus est: dominii quippè intuitu potest percipere fructus; potest itidē alteri effectum dominii, qui in jure fructus percipiendi consistit, concedere: quo casu concedenti jus directum intervertitur, siquidem domino vel verè in reliquo toto, sc. fundo, vel fictè saltem remanet: fictè ita ut quemadmodum fundi intuitu, cui adhærent, immobilium jure fructus censentur; ita ejusdem beneficio videtur domino junctum jus in intellectu manere, verè ac si parte consumpta totum in ejus locum substituatur.

IIX.

Cohærent hoc amplius solo molendina, quæ an in feudum dari poßint, quæri solet?

Et quidem si immobiliter terris vel aquis infixa sunt, nō dubito, quin in feudum rectè dentur; cum quia solo cohærent; tum quia pro immobilibus habentur. *l. 1. §. planè si quis. 8. ff. de vi & vi arm.* Sin v. instar navium supernatare solent, quæ vulgò Schiffmülen dicuntur, non una omnium est opinio. Nam *Francisc. Curt. Jun. in p. 1. q. 6. n 11.* per indistinctā locutionem videtur id affirmare. 1. quia mobile immobili cohærens censetur immobile. 2 quia ut ipse *Curt. d. loc. n. 10.* ex *Bald.* refert, omnes res, ex quibus fructus percipiuntur, inter immobilia cōputantur. Quod autem ex hujusmodi molendinis fructus & reditus percipiantur, notum est.

Verum contra hanc *Curtii* opinionem est communis opinio, quæ non leviter demonstrari potest *ex l. Titius horreũ. 60. ff. de acq. rer. domin.* Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii prædio posuit, quæritur, permaneatnè Titii, vel Seii fiat? dubitandi ratio est contra Titium, quod quæ alterius solo inædificantur, soli domino cedant. *l. 9 ff de acquir. rem. dom.* Verum pro Titio pronunciat Scævola, ejusq; permanere horreum respondit; quia non inædificatum infixumq; solo fuit, quod requiritur, ut domino soli cedat. *l. fundi. l. granaria ff. de act. emp.* Quapropter re in argumentum ducta, licet molendina aquis supernatent, tamen quia solo infixa non sunt, pro immobilibus haberi non debent; & sic consequenter in iis feudum constitui non poterit. *c. unic in fin In quib. caus. feud. amit* Non obstant argumenta *Curtii*. Nam primum loquitur de re mobili solo infixa: alterum planè falsum est: nam ex jumentis fructus percipitur, nec tamen in iis rectè feudum constitui quis dixerit.

IX.

Sequuntur nunc res, quæ inter immobiles connumerantur, veluti cum de Camera aut Cavena feudum datur.

d. c. unic. vers. sciendum, de feud. cognit. circa quas *Hottomann.* hæc generalis est objectio: Feudi duæ sunt partes, subjectum (sive ut *Ulpian.* græco more appellat substantiam, quale est prædium) & accidens, quod in jure utendi fruendi consistit: quomodo autem jurium feudum esse poterit, cum eorundem ususfructus constitui non possit. *l. 1. de usufr. legat. l. videamus. 19. de usur. l. cum essent. 33. in fin. ff. de servit. rustic.* quippe cum ejusmodi ususfructus nulla sit substantia; qua de causa ne in fundo quidem vectigali, h. e. emphyteusi ipso jure constituitur. *l. 1. quibus mod. ususfr. amit.* Verissimum est igitur, concludit *Hottom. c. 15. in disput. Feudal.* feuda propriè dici non posse, nisi quorum corporea est substantia. Verum hæc *Hottoman.* objectio est contra textum *d. c. unic. vers. sciendum de feud. cognit.* qui & objectionis *Hottomannicæ* resolutionem continet: cum enim aut res mobiles aut immobiles sint, ignotumque haud esset, feudistæ jura quoque

esse

esse, quæ etsi ex civili jure neque mobilia, neque immobilia esse videantur. *l. à Divo Pio §. sic quoq; §. penult. ff. de re judic. l. servum 44. §. eum qui. l. legatum. 105. de legat. 1. l. cum hæreditas. 25. ff. famil. ercisc.* ex communi tamen juris feudalis observantia, Feudista eadem non tertiam aliquam speciem esse, sed vel mobilibus vel immobilibus annumerari consultius credens inter immobilia jura retulit *d. vers. sciendum de feud. cognit.* quorum constitutione substantiæ loco est jus illud dominii, cujus vigore dominus concedit, ususfructus verò, factum percipiendi, quod ex domini jure resultat: quapropter cum dominus ex Camera, i. e. ærario vel area certam pecuniæ summam, vel ex Caneva, frumenti vel vini certam mensuram quotannis concedit, penes dominum proprietas est, cum propter jus dominium, tum etiam propter rem, ex pecunia aut frumentum promitur, penes vasallum est ususfructus, propter perceptionem realem.

X.

Inter illa etiam, quæ immobilibus accensentur, supremum meritò locum obtinent jura illa, quæ dicuntur REGALIA, *sic dicta, quod soli Regi competant, quem in textibus feudalibus interpretamur Imperatorem.*

Ex eo dubitatio tollitur, cur sc. potius Regalia, quàm Principalia appellentur: & probatur *1. F. 1. & 2. F. 27.* notat *Hottom. in lex. Feudal. vers. regem.* Quod à Romana consuetudine abhorrere existimat: quod verum est, cum odium nominis regii etiamnum vigeret. Unde cum Scipionem Hispani regem salutarent, sibi maximum Imperatoris nomen esse dixit, quo se sui milites appellassent. Regium nomen alibi magnum, Romæ intolerandum esse, refert *Liv. 27.* verum postea imperio, ut videtur, in Græciam translato, non adversati sunt hoc nomen Imperatores. *l. final. C. de legib. l. benè à Zenone. C. de quadr. præscript.*

XI.

Definiuntur autem REGALIA *jura*

 soli

ſoli Imperatori, cuivè Imperator ea expreßè vel tacitè habenda dedit, in ſignum praeminentiæ, ad imperii dignitatem & utilitatem ejus conſervandam pertinentia.

Andr. de Iſern. Alvarot. Borch. in c. quæ ſunt Regal. Syxtin c. 1. n. 11. de Regalib. Vultej. 1. de feud. 5. n. 7. Roſenth d. c. 5. n. 2.

XII.

Noſtri ea in Majora & Minora diſtribuunt. Majora, in quibus ſuprema Imperatoris poteſtas ac praeminentia relucet, quæ & jura majeſtatis à Bodino *vocantur*, 1. de republ. 10. *Minora, quæ ad rem fiſci ſpectant.* Roſenth. d. c. 5. n. 3. Borchold. d. loco. n. 3. Sixtin. cap. 2. Vultej. 1. feud. 5. n. 7.

XIII.

Ad majora regalia pertinent: leges condere; Bellum indicere. Bodin. d. loco. *uti clauſulâ plenitudinis poteſtatis.* Zaſ. conſil. 16. n. 12. lib. 2. *Pronunciare ita, ut à ſententia appellari non poßit.* l. 1. ff. à quib. appell. non lic. Bodin. d. c. 10. *Cognoſcere de crimine læſæ majeſtatis.* Paris de Puteo in tract. Syndicat. verſ. de Except. *ſpurios legitimare.* Novell. 89. Zaſ. d. conſil. 16.

Famæ

Famæ vel natalibus restituere. Borchold. d. c. unic. n. 4. *veniam ætatis dare.* l. 1. & 2. C. de his qui ven. ætat. impet. *creare Duces, Comites, Marchiones.* Porchold. d. loco. n. 4. Peregrin. de jure fisc. n. 39. *nobilitare.* Tiraquell. de nobilitat. c. 6. *Scholas publicas, quas Academias dicimus, confirmare, & privilegiis ornare.* Vultej. d. c. 5. n. 7. de feud. *Doctores, Licentiatos, Poëtas, Magistros, Tabelliones creare,* de quibus omnibus & aliis agit D. Regn. Sixtin. in tract. de regalib. c. 2.

XIV.

Minora verò regalia explicat c. unic. quæ sunt Regal. *cujus tamen in constitutionis serie quin nonnulla referantur, quæ ad majora pertineant, nullum dubium est.* Sixtin. c. 2. n. 32. *Quemadmodum per contrarium alia, quæ Regalibus minoribus, nec tamen* in c. unic. *recensita, annumerantur, inveniuntur.* Cujac. ad d. c. unic. Vultej. d. c. 5. n. 7. Petr. Hægius. p. 1. quæst. jur. Civ. & Saxon. c. 15. n. 45.

XV. *Quem*

XV.

Quem in numerum an Venatio referri poßit, quæritur?

Guilielmus Mor *de nigro monte in tract. de jur. Venand. p. 2. c. 3.* refert hac de re varias Dd. sententias: Quidam enim volunt, servitutum realium numero eam associari debere, quorum signifer est Zas. *in §. aquè. n. 24. Instit. de act. & lib. 2. consil. 6. n. 30.* 1. quia à re rei, h. e. à prædio serviente loco vicino, & ejus occasione personis illic habitantibus debetur. 2. quia non cum personis extinguitur. Atque hæc opinio in praxi observatur, & juxta eam in Camera Imperiali judicatum testatur *Andr. Gail. 2. observ. 66. n. 2.* Verũ enimverò, si rem penitius putare volumus, quomodo inter servitutes reales eam referemus, cum earum propriũ sit dominantis prædii utilitatem concernere. l. 1. 4. 5. 6. de S. R. P. & servitus nulla, quæ utilitatem secum non trahit, constitui possit. *l. quotiens. 15. de servitut.* At quæ utilitas venatione fundo acquiratur? nulla sanè, cum personæ voluptatem & utilitatem saltem concernat: quod vel ex eo patet, plurimos hoc jus in agris aliorum habere, qui tamen nullum prædium aut castrum ibidem habeant. Quare alii personalibus servitutibus eam aggregant, & quidem nunc proposito fundamento moti: quorum tamen opinio vix est, uti subsistere possit; quoniam videmus contra naturam personalium servitutum eam ad hęredes transire, quinimò si servitutem esse dixeris venationem, consequenter nullius in fundo ea competere potuit, nisi cui dominus fundi ejus potestatem fecerit; constituuntur enim servitutes pactionibus aut ultimis voluntatibus. §. *si quis. 4. Instit. de servit.* adeò ut si quis non acquisito jure venandi, alterius fundũ venandi gratia ingressus fuerit, possit à Domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. §. *feræ. 12. Instit. de rerum divis.* At nunc quotidiè videre licet, Principes hoc jus aliis etiam in privatorum fundis concedere, non quidem ut servitutis; nec enim hoc Principi licebit, ut cujusquam jus contra naturam deterius faciat. §. *final. ibi: ne cuiquam hominum suum jus detrahi. Inst. de his qui sunt sui vel al. jur. l. 11. de R. I. l. nunquam 2. de acq. rer. dom. (faciunt dicta supra disp. 3. q. 11.)* Non igitur servitus ullo modo dici poterit,

quid

quid igitur? Pruckman *in tract. suo de Regal. §. venatio. c.1.* inter Regalia venandi jus retulit, quem novissimè probat *Petr. Heig. p.1. quæst. jur. civ. & Sax. 15. n. 46.* quorum ego sententiam magnopere laudo. Nam ut omnes fatentur, ad regalium classem meritò ea referuntur, quæ Principi summo in signum præeminentiæ conceduntur: At quis tam rerum ignarus est, qui nesciat, sibi Imperatori jus foresti, vulgò den Wildbahn oder Fürstliche Oberkeit competere, & ab eo Ducibus, Comitibus, Baronibus, & Nobilibus concedi solere. Unde *in c. nemo retia. de pac. tenend.* Imperator Fridericus subditis venationem interdixit, ut sibi soli, & cui is pro beneficio vellet, reservaret; quę propria regalium nota est. Addit *Pruckman. d. loco* argumentum tale: textus *d. c. unic. quæ sunt Regal.* expressè piscationum meminit, & inter Regalia recenset. Venatio autem nobilior piscatione est, quod nemo negat. Ergò si id, quod minus est, inest, utique id, quod majus est, inerit. *l. si quand. C. de testib. l. si non singuli C. si cert. petat. §. si ius. vers. quis enim. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solv.* Audio tamen nonnullos inter piscationem & venationem distinguere, propterea, quod textus *d. c. unic. quæ sunt Regal.* non loquatur de piscatione, sed saltem ejus reditu. Verum expendendum est, cur reditus illi sint de regalibus, an nō propter piscationem? propter quod itaq; unumquodque tale est, illud magis tale est: quin ut maximè concederetur in serie *d. c. unic. quæ sunt regal.* vel tacitè vel expressè venationem non tangi: non tamen ex eo rectè eam de Regalibus esse negaremus, propterea quod plurima temporis progressu regalia facta sunt, quæ tempore lati *d. c. unic.* inter ea nondum referebantur, & ut *Cujac. rectè ibid.* notat, illa saltem ibidem recensentur, quæ cum jam longo tempore detinuissent Episcopi & Proceres, & civitates Italiæ, imperatori restituerint.

XVI.

An jus imponendi collectas?

Affirmant Socin. Junior *consil. 98. n. 15. & seq. vol. 3.* Menoch. *consil. 32. n. 70. vol. 1.* Cacheran. *decis. Pedemont. 90. n. 3.* Joseph. Ludovic. *decis. Paris. 43. n. 4.* quos refert & sequitur Vultei. *d. c. 5. n. 7.* Negant Bart. *in l. placet. n. 13. C. de SS. Eccles.* Jas. *in l. lecta. n. 12. de reb. cred.* Angel. *in l. 1. n. 8. quod cujusq. univers.* Guid. Papæ *quæst. 87.*

 in

inpr. Costal. *in l. 1. ff quod cujusq; univ.* quos refert & sequitur [illegible] alius Borchold. *ad d. c. unic. n. 53 quæ sunt regal.* Quorum [illegible] verior est, quoniam in regalibus exactè discernendis consuetudo inspicienda est. At ex eâdem fieri videmus, ut civitates, [illegible] nulla habeant regalia, collectam tempore necessitatis suis civibus imponere possint. *l. 1. §. quod si nemo ff. quod cujusq; univers. l. omnes. C. de operib. publ.* Ergò. Quanquam non negaverim, [illegible]mantium sententiam iis in locis veriorem esse, in quibus jus collectandi supremi Principis jussu prohibitum est, quemadmodum in Regno Galliæ edicta à Carolo IX. promulgata sunt, quibus expressè prohibitum est, ne fiat aliqua denariorum impositio. *Rauchin. in addit ad Guidon. Papæ. d. loco.*

XVII.

Sequitur nunc constitutio: REGALIA, inquit, sunt Armandiæ.

Jus sc. fabricandorum armorum. *tot. tit C. de fabricens. Nov. 85. Cujac. Baro. Hottom. ibid. Sixtin c. 3.* VIÆ PUBLICÆ, quæ aliis regiæ, consulares, item militares. *l. 2. § viarum. l. final. ff. de itin. publ.* non solum ea ratione, quia protectione spectant ad Imperatorem; nam & sic totius mundi dominus appellatur. *l deprecatio. ad L. Rhod. de jact.* sed sicut antea in jure populi Romani, sic nunc solius Imperatoris sunt, ut ipse solus circa eá disponat, agat, farcias tectasq; conservet. *arg. l. litora. ff. ne quid in loc publ. l. si in publico. in f. ff. de aq. pluv.*

XIIX.

Quid si in via homicidium committatur, juxta quam unus merum imperium habet, alter verò regalia, cujus est cognitio? R. Ejus esse, qui regalia habet.

Habet hanc quæstionem *Petr. Jacobin. in tit. super jurid.* quem refert & sequitur *Guid. Pap. q 577.* concludendo, ad eum spectare, qui jurisdictionem aut imperium habet: probat *Rosenth c. 5. concl. 22.* Contrarium voluit *Joach. Beust. in l. admonendi. fol. (mihi) 4[illegible] de jurejur.* refert & sequitur *Borchold. ad c. unic. n. 25.* Rationem addo, quo-

quoniam ad eum ſpectat qui regalia habet, videre, ut tutæ ſint viæ. *l. 10. in ſumma. ff de hù qui dejec. vel effud. l. congruit. de off. præſid.* per conſequens & cognitio ejus, ſi quid contra ſecuritatem viarum cōmiſſum ſit. *l. 2. de jurid.* XIX.

Si autem hominis occiſi cadaver ita proſtratum reperiatur, ut pars contingat territorium ejus, qui merum imperium habet; pars verò viam publicam, rectius eſt, ut utriq; cognitionem tribuamus.

Ex communi opinione aliter hæc res decidenda erit: Fundamentum eſt *in l. 44. de religioſ. & ſumpt. funer.* ubi caput principalis pars hominis dicitur: A principaliore autem denominatio fieri debet *l. quæritur 10. de ſtat. hom.* Verum conſiderare debuerãt Dd. nos non quærere, quænam pars principalior hominis ſit, quę quęſtio *in d. l. 44.* neceſſaria erat, cū una ſepultura ſepulchra plura efficere non poſſit, nec homo magis, quàm facie dignoſcatur, quæ ad pulchritudinis cœleſtis ſimilitudinem effecta dicitur *ex l. 17. C. de pœn.* (*Cujac. 21. obſerv. 4.*) verum id maximè conſiderandum fuit, quisnam veroſimiliter perpetratæ cædis locus; de quo ſi conſtet, tollitur omnis dubietatis anſa. *l. 1. & Auth. quâ in provincia. C. ubi de crim. ager oport* reputari debeat: Ad cujus inveſtigationem omnino, principalioris partis poſitio, ſupervacanea eſt: quinimò contendo, vix fieri poſſe, ut præſumatur, ubi caput reperitur, commiſſum homicidium, cum ex communiter contingentibus veroſimilius ſit, caput facilius projici & alium in locum provehi; trunco corporis imoto, quod omnino capite humeris avulſo, dicendum eſt. Si verò caſum capitis conjuncti cū corpore conſideraveris, tunc veroſimilius eo loco, aut ſaltem ei admodum proximo, ubi pedes reperiuntur, cōmiſſum eſſe homicidium videtur. *Niell. diſp. ult feudal. coroll ult.* quæ præſumptio etſi communi ſit vero propinquior; non tamen regulam, quam nos potiſſimùm inveſtigamus, oſtendit: quia non rarò cōtingit, licet lethaliter vulneratus, quin pedem de loco moveat, & ut maximè id non fieret, propter obliquum corporis caſum, in proclivi eſt, ut caput loco iſti, in quo vulnus lethale accepit, propin-

quius, quàm pedes, reperiatur: quare cum præclarissimo Germaniæ JCto *Zas. in π. commun. divid.* ad utrumque pertinere cognitionem contendimus. 1. quia hæc sententia litium finiendarum frautrix est 2. quia multa fiunt dubitationis tollendæ causa, quæ aliàs non fierent. *l. qui mutuam. in pr. ff mandat. l. qua dubitationis. ibid. Decius ff. de R. J. Decian. 2. consil. 51. n. 117.*

XX.

Porrò Regalibus annumerantur flumina navigabilia, & ex quibus alia fiunt naugabilia. Hottom. Borchold. n.30. 31. inquirunt rationem, quomodò flumina, quæ aliàs jure gentium communia sunt, inter regalia referri possint. *Portus.* vide l. portus. de V.S. *Ripatica.* hoc est, vectigalia pro transitu riparum præstanda. Rosenthal. d.c.5. concl.34. *Vectigalia*, quæ vulgò dicuntur *Telonia*, de quibus l. inter publica. ff. de V.S. l. vectigalia. 10. de publ. tot. tit. C. de vectigal. nov. non instit. *Moneta*, hoc est, jus cudendæ & formandæ monetæ. Borchold, d. c. unic. n.55. Rosenth. d. c. 5. q. 50. quod adeò Carolus Magnus pro regali habuit, ut alibi quam in ipso Palatio cudi monetam noluerit. Sixtin. c. 9. n. 20. quemadmodum & Romæ in æde Junonis moneta percutiebatur. Pomp. Læt. de

Ma-

Magist. Rom. *Mulctarum pœnarumq; compendia*. l. 5. C. de mulct. quod intellige de severis & majoribus compendiis ex delictis, maximè, in quibus criminaliter extra ordinem jus dicitur (quorum enim utilitates privatis debentur personis per ea delicta læsis, huc non pertinent) solo fisco debitis. Quanquam magna juris varietas hic deprehenditur, siquidem eò hodiè deventum est, ut hujusmodi compendia censeantur esse fructus jurisdictionis, & magistratibus debeantur, teste Wesenbec. in parat. de mod. mulct. Rosenthal. d. loco. q. 57. *Bona vacantia*, quæ tùm dicuntur, quando quis sine hærede decedit. l. ult. C. de bon. vacant. *Et quæ ut ab indignis legibus auferuntur*. de qua re vide Sixtin. de regal. c. 11. *nisi quæ specialiter quibusdam conceduntur*. quod explicat Borchold. ad d. c. unic. n. 77. *Bona contrahentium incestas nuptias*, Rosenthal. d. c. 5. Borchold. n. 78. *condemnatorum & proscriptorum*, non existentibus ascendentibus vel descendentibus, nec collateralibus usque ad terti-

um gradum inclusivè. Auth. bona damnatorum. ibid. Dd. C. de bon. damn. *Angariarum, parangariarum, plaustrorum & navium præstationes.* Angariæ sunt munera patrimonialia seu realia, nempè præstationes jumentorum, navium, quæ in transvectione armorum exiguntur. l. ult. C. de fabricens. vel in alia qualibet publicâ necessitate, Daß man dem Fürsten mit Wagen/ Rossen/ Schiffen/ vnd dergleichen Frönen dienet: Hoffdienste/ Schiltwache in Kriegsleufften/ distant verò ab iis parangariæ, quod angariæ sunt, qua cursus publicus est dispositus: parangariæ verò aliò versum. Cujac. ad rubr. C. de curs. parang, & ang. licet eam differentiam Dd. non agnoscant. Sixt. c. 15. n 22. *Extraordinaria collatio,* i. e. muneris ultra solitam collationem indictum. Vultej. d. c. 5. n. 7. *Potestas constituendorum Magistratuum*, quæ in Principem L. Julia translata videtur. l. unic. ad l. Jul de ambit. Jas. p. 5. num. 4. de feud. *Argentariæ*, id est, metalli fodinæ. Borch. d. c. unic. n. 87. Wes. 12. n. 5. de feud.

Vultej.

Vultej. d. c. 5. n. 7. *Palatia in civitatibus consuetis*, quæ possunt dici regiæ domus, in quib. & nulli habitare fas est absq; Principis concessione. l. unic. C. de palat. l. quicunq;. C. de oper. publ. l. ultim. C. de offic. Rect. provinc. *Piscationum reditus*. Sixt. c. 20. Vultej. d. n. 7. & *Salinarum*. l. 17. de V. S. *Bona committentium crimen majestatis. Thesauri dimidium in loco Cæsaris aut religioso reperti, non data opera.* l. unic. C. de thesaur.

XXI.

Acquiruntur regalia duobus modis: vel Imperatoris cõcessione (a) vel præscriptione (b).

(a) *Roland. à Vall. consil 1. vol. 2. n. 15. Wesenb consil. 45. n. 22. & consil. 60 n 2. 3. Mynsing. 4. observ. 24. & 5. obs. 29. Rosenth. d. c. 5. quæst 6.*
(b) Ejus sc. temporis, cujus initii memoria non extat. *Borchold. d. loco. n. 15. argum. l. hoc jure. § ductus aquæ. ff. de aq. quotid c. super quibusdam. §. præterea ibid. Dd. de V. S.*

XXII.

Quid si autem aliquis de Ducatu aut Comitatu cum generali omnium regalium concessione investiatur, consequiturne etiam majora?

Cõmuniter affirmatur; quia videtur, quod dignitates illę per se sunt Regales. *Rosenth c. 2. p. 2.* Ideò generalis illa Regalium cõcessio addita, aliquid operari debet. *arg l. 1. ad munic. 2.* quia potest

teſt in ſuo Ducatu Dux, quod Imperator in Imperio. 3. quia multa acceſſoriè & in conſequentiam, quæ principaliter irrita ſunt facta, valent *Gail. 1. de pac publ. 6. n. 3. Pruckm d loc. n. 37.* & pro hac ſententia multos copiosè allegat *Roſenthal. d. c. 5. q. 9.* Quam ſententiam impugnant. 1. Textus *in c. quod translatio. de offic. legat.* 2. quia in generali conceſſione ea, quæ ſpecialiter concedi debent, non veniunt. *l. obligatione generali ff. de pignor. l. 1. C quæ res pignor. oblig. l filiusfam ff de donat. l ſi pater. ff. quæ in fraud. credit. c. in generali, de R. J. in 6. c. ſi Epiſcopus de pœnit. & remiſſ. c. cum in generali. de offic viror in 6. c. qui ad agendum. de procurat. in 6.* 3. quia ut maximè in genere jurisdictio conceditur: non tamen cenſetur conceſſum merum Imperium *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. eſt jurisdict.* 4. facit inductio ejus, quod communi noſtrorum conſenſu traditum eſt; in hac conceſſione regalia non comprehendi, puta, ſi Caſtrum in feudum detur cum omnibus juribus Principis *Roland. à Vall. 3. conſil. 1. n. 46. Luc de Penna in l. 1. C pericul Scholar. lib 12. Molin. in conſuet. Paris. tit. 1. gloſſ. 5. n 53.* Si ergò ibi neque minora venient, quæ tamen facilius poſſunt tranſire. Ergò neque, ut maximè generalis facta ſit regalium conceſſio, venient majora. Ratio identitatis in eo eſt, quia jurium principalium conceſſione non cenſentur ideò ineſſe regalia, quia ſpecialis eorum mentio fieri debet, uti & in caſu noſtro, videbimus.

XXIII.

Sic porro inter immobilia vulgò referuntur annui reditus.

Quamvis ea de re magna ſit inter noſtros controverſia *Menoch, 2. arbitr. jud quæſt. c. 233. Tiraquell. §. 1 gloſſ. 6. de retract. lignagier. Geil. 21. obſerv. 10.) ſi quis inquilinos ff. de legat. 1. l. jubemus nulli. in pr. ibid gloſſ in verſ. annonas: & Dd. C. de SS Eccleſ. l. hac Edictali. §. his illud. C. de ſecund. nupt. In Clement. Exivi. §. jura annui. de V. S.* Hinc magno conſenſu à noſtris traditum eſt; annuos reditus excuſare à ſatisdatione, non ſecus ac poſſeſſionem immobilium; item minorem non poſſe cum auctoritate curatoris alienare hos reditus ſine decreto judicis: Item eum, qui non poteſt vendere res immobiles, nec annuos reditus conſtituere poſſe, *Tiraq. d loco n. 6.* Et quod in annuis reditibus feudum ſit, voluerunt *Curt. Junior*

p.1.q.6.n.10. Schneidew.p.2.n.38. Intrigol.q.9.n.60. & 61. non quidem ut pecunia rediens sit feudum, sed jus percipiendi eam annuatim pro feudo habeat, quod perpetuum, & non temporarium intelligimus, juxta notata, *Tiraq.d.loco.n.7. Geil.2.observ.n.2.*

XXIV.

De actionibus *similiter quæri potest? Et in feudum dari eas posse, commune Dd. placitum est.*

In d.vers.sciendum de feud.cognit. Schrader.p.3.c.3.n.10. Rosenthal.concl.6. c.4. de feud. dummodo pro rebus immobilibus competant; quoniam qui actionem ad rem habet, ipsam rem habere videtur. *l.is qui actionem 15 de R.J.* quapropter si res immobilis est, talis & actio censeri debet: si mobilis; & pro re mobili reputabitur actio, cujusmodi rei feudum non esse ex supradictis constat. Eo autẽ casu, quo ad rem immobilem actio competit, actio directa, quę apud dominum remanet, erit loco proprietatis: utilis verò, quam Vasallus ex domini concessione consequitur, erit loco ususfructus feudalis. Verum si quis hęc penitius consideraverit, nõ sine scrupulo erunt. Est enim de feudi natura perpetuò durare. *c.unic.in fin. In quib.caus.feud.amit.* Verum data actione in feudum nulla cõsiderari potest amplius proprietas, utpotè quæ cum ipsa actione in Vasallum transfertur: Nihil enim aliud est actio quam jus persequendi, quod debetur, *in pr. Inst.de act.* quod aut transfertur actione concessa, & nihil apud concedentem superest; aut non transfertur, & actio in feudum data dici nequit, nisi forsan replicaveris, rem eam, quæ actione petita est, pro feudo haberi, ejusq; intuitu proprietatem esse, manereq; apud concedẽtem. Verum respondebo, jam te à scopo quæstionis dilabi: non enim res, sed actio data est; quàvis in contraria sententia sit *Rosenth.d.loco.* ubi *in fin. lit. B.* subjicit, actionẽ personali ad rem imobilem cõpetente infeudata, ipsa res debita videtur concessa. Quod dici non posse superior responsio evincit, & mens cõtrahentium obstat: si enim dixerimus, rem concessam censeri, jam antequam eam consequantur, Vasallus feudum nõn habebit, quia rem nõ habet. Atqui ex mente utriusq; constat, dominũ sc. velle, ut actione cessa habeat Vasallus eã pfeudo, Vasallũ quoq;

eundem absq; ulla conditione acceptasse: Quapropter aut protinus erit feudum; aut per existentiam conditionis, re sc. data, demum feudum erit. Verum posterius dici nequit, quia conditionis appositio in casu nostro nulla est, & cum in facto consistat, ea præsumi contra verba & mentem tam Vasalli, quàm domini non debet. Quapropter quod securè communiter nostri dicunt; actiones in feudum dari posse, limitatione hac addita intelligo, si videl. causam successivam, exercitiumque remeans habeant; exempli gratia: Titius in testamento 100. tibi quotannis legavit; tu ejus legati actionem ex testamento Caio in feudum concedis, quæritur an valeat concessio? Et quia nunc perpetuitas feudi ex causa successiva continuaq; apparet, simul etiam pro proprietate directæ actionis jus penes concedentem residere constet, utique concessio valebit, quæ Vasallo vi mandatæ actionis utilitatem ejusdem præstat.

XXV.

Ex quibus hallucinatos esse constat Bald. Alvarot. Præposit. & commun. Dd. in d. c. unic. vers. sciendum. de feu. cognit. Schrad. & Rosenth. dd. locis. Borchold. c. 6. n. 16. de feud. *dum indistinctè actiones ad res immobiles competentes in feudum dari posse tradant.*

Quid enim si rei vindicatione acturus eandem alii in feudum concedat, isq; fundum consequatur, nihil utique superest, quod feudum redolere possit: Eo enim ipso, dum feudum vindicat & obtinet, feudum expirat; quia fundus jam semel vindicantis factus est, ut amplius ejusdem fieri non possit. §. *sic itaq; discretis. Instit. de Act.* quod est contra notissimam perpetuitatis & proprietatis feudi naturam. *d. c. unic. in quib. caus. feud. amit.*

XXVI.

Atq; ita res supradictæ in feudum dari possunt; quæ sivè concedentis propriæ, vel etiam alienæ sint, nihil interest.

Nisi

Nisi quod posteriore in casu re evicta Vasallo de Evictione obligatus sit *c. unic. de investit. de re alien. fact. c. unic. si de feud Vasall. ab aliq. interpell. fuer.*

XXVII.

Non autem conceduntur res sacræ, sanctæ, relligiosæ vel publicæ Jas. p. 4. in pr. Schrad. p. 3. c. 1. n. 1. *nisi cum universitate in consequentiam.* Borchold. d. c. 6. n. 9.

XXIIX.

Non etiam res Ecclesiæ, vel mensæ ejus incorporatæ. Wes. c. 7. n. 5. Vultej. d. c. 5. n. 12. *nisi sint ex liberalitate Regum, Principum tales, quæ infeudari solitæ sint.* Schneid. p. 2. n. 4. de feud. Schrad. p. 4. c. 2. n. 24. *quod tamen non admittit* Vultej. d. c. 5. n. 14. *quia textus feudalis non de rebus infeudari solitis, sed de personis, quæ antiquitus infeudandi consuetudinem habuerint loquuntur.* c. 1. Episc. vel Abbatiss. c. 1. de his, qui feud. dar. poss. c. 91. in extraord. *Recte, dummodo Ecclesiæ expediat.* c. 1. vers. à prælatis. ibi: dum tamen dissipator. &c. de invest. vet. & nov. benefic. c. 2. extr. de feud.

DISPUTATIO QUINTA.

De Modis, quibus feudum acquiritur, prioribus nempe, investitura, & præscriptione.

RESPONDENTE
JOHANNE CELLARIO NORIBERGENSI.

THESIS I.

Causis omni feudo constituendo communibus, nempe personis dantibus & accipientibus, ac rebus in feudum dari solitis, explicatis, sequuntur modi, quibus feuda acquiri possunt, varii, quos rectioris ordinis causa ad tres præcipuè, Investituram nempe, præscriptionem & successionem revocamus.

II.

Non ignoro, Fr. Hottom. c. 17. disput. feudal. *sex constituere modos; donationem videlicet, emptionem, permutationem, successionem, præscriptionem & inductionem in* pos-

possessionem: *sex itidem alios proponere* Schrader. p. 5. c. 1. de feud.

Quos si tamen penitius consideraverimus, facile ad unum ex tribus supradictis referri poterunt, siquidem non contractibus puta donationis, emptionis & permutationis feudũ acquiritur, sed investitura, i.e. traditione *l. non nudis. 20. C. de pact.* Quapropter licet donata in feudum res sit, vel res in feudum vendita, non tamen antea feudalis erit, quam per investituram Vasallo acquisita fuerit.

III.

Licet non desint, qui nobis in eo contradicunt, quod per investituram feudum acquiri volumus.

Nam *Enguin. Baro ad cap. unic. quib. mod. feud. constit. pot. Schneidew p. 4. in pr. d. feud.* investituram non acquirendi, sed constituendi feudi modum esse reputant: inter quæ duo multum interest, exacteq; distinguendum, sicuti id observant JCti, quibus aliud est pignus constituere, aliud acquirere. *l. non est mirum. ff. de pign. act.* aliud peculium constituere. *l. definitio 6. l. quam Tuberonis, 7. in pr. & §. pupillum. de pecul.* vel usumfructum, usum vel aliam servitutem. *l. 3. in fin l. 6. l. 25. §. quod autem diximus. de usufruct. l. 1. de usu. l. via 5. de servitut l. si quis. 10. si servit. vindic.* & alio modo quid acquiri, alio constitui potest, ut peculium constituatur à Domino traditione; acquiri tamen potest hæredi domini: Pignus quoq; alicui constitui potest, cui tamen non acquiratur, ut filiofam. cujus pignus statim transit ad patrem: ad eundem modum & feudum alio modo constituitur, sc. investitura, *c. unic. quib. mod. feud. constit pot.* alio modo acquiritur, ut præscriptione & successione, *ut horum sententiam excipiens Vultei c. 7. lib. 1. de feud. ait: constitutio feudi ab ejus acquisitione alia est, atq; illa quidem præcedit; hæc verò sequitur.* Verum si quod res est, dicere libet, subtilis magis, quam vera hæc est distinctio: siquidem Feudistæ nullum discrimen inter constituere & acquirere agnoscunt, sicuti id evidenter apparet *ex c. unic. quib. mod. feud. constit. pot.* ubi quod textus ait; feudum sine in-

investitura nullo modo constitui posse, idem alibi, sine investitura feudum acquiri dicitur *c. unic. vers. sciendum. de feud. cognit. c. unic. in pr. de consuet. rect. feud.* Deinde in jam citatis textibus, eodem modo per successionem, quo per investituram feudum obtingere dicitur, & expreßè vult Feudista in *c. unic. in pr. de succeß. feud.* per successionem quoque, sicut per investituram beneficium ad nos pertinet, *ait*, atqui nulli obscurum est feudum successione acquiri: per investituram itaq; & feudum acquiretur; quoniam in æquiparatis idem jus constitui debet. Deniq; si constituendi modus est investitura, erit vel novi vel veteris feudi: non hujus, quoniam jam constitutum est; qua enim ratione aliàs ad Vasallum devolveretur? non quoque illius, quoniam peracta ea nihil relinquitur, quod ad ejus acquisitionem necessarium est.

IV.

Investituræ vocabulum quod attinet, si Hottomanno *credimus* in lex. verb. investitura. *barbaricum est, si verò* Cujac. 8. observ. 14. *latinum est: nam & latini vestimentum & vestituram dixère, quapropter & rectè & latinè investituram dicere licebit; quam etiam in proprietatis alienatione intervenisse ex antiquo contractu emptionis & venditionis refert* d. loco Cujac. *cujus sententiæ accedit* Plin. *qui* lib. 35. *hoc vocabulo usus est; publicas porticus,* ait, *investivit pictura, i.e. ornavit, confirmat: &* ex Plauto Menoc. cons. 1. n. 24. vol. 1. *illi sc. vocabulum disvestire usurpatum esse, quod quasi oppositum investire nihil aliud significat, quàm eum, qui*

anteà de possessione investitus est, eadē privare: Quicquid sit, ex latino barbaricum per frequentem Feudistarum usurpationem factum est, barbaricam quoq; notationē præ se ferens, sicuti constat ex pr. c. unic. quid sit investit. *nec unius ejusdemq; significationis est: aliquādo enim instrumentum super actu investiendi factum denotat*. c. unic. de investit. de re alien. fact. c. unic. vers. idcircò. de notat feud. *Interdum quoq; possessionē significat*. c. unic. quid sit investit. *frequentius verò ipsum investiēdi actū innuit*. c. unic, quib. mod. feud. const. pot. c. unic. vers. sciendū, de feud. cognit. c. unic in pr. de cōst. rect. feudi. *quæ significatio investituræ est germana & propria*. Matth. de Afflict. decis. Neapolit. 265. n. 102. Tiber. Decian. cons. 24. n. 106. volū. 1.

V.

Quā in significatione non inconcinnè definiri potest, solennis feudi cessio, à domino vel ejus nomine alio, propriè vel impropriè ei, quem dominus pro Vasallo habere potest, facta. Cujac. in c. unic. vers. si verò Archiepiscopus, qui feud. dar poss.

VI. *Di-*

VI.

Dixi, propriè, vel impropriè, ut ostenderem duplicem esse, aliam veram seu propriam, aliam verò abusivam seu impropriam. c. unic. in pr. quid sit investit. *illa nihil aliud est, quam ipsius rei in feudum concessæ corporalis traditio.* c. unic. in pr. quid sit investit. *inde possessio dicta.* d. c. unic. in pr. *h. e. rei ipsius detentio, seu usus rei.* l. quæst. de V. S. *Hæc verò corporei alicujus signi, puta, vexilli, hastæ & similium verborum promissione addita porrectio.* d. c. unic. quid sit investit.

Quæ etsi omnium Feudalis juris interpretum Catholica sit distributio, eam tamen non recipit *Vultei. d. c. 7. n. 11.* quoniam logicorum regulis consentanea non est, juxta quas species in genere quidem suo convenire; inter se invicem autem opponi debent: in investitura nulla ejusmodi est oppositio: conveniunt enim forma eadem; & sicut emptio & venditio perficitur consensu, nec ad perfectionem ejus, ut res sit in præsenti ejusve possessio in ipso contractu protinus tradatur, necesse non est, & tamen interdum fiat, ut etiam ipsa res præsens sit, & ipso cōtractu possessio rei tradatur: nec tamen ex hoc nisi ineptè, distinguat aliquis emptionē in propriam & abusivam, sic pari modo licet res tradita non sit, vel etiam tradita, non poterit ex traditæ vel non traditæ possessionis discrimine specierum diversitas sumi: aliud enim est investitura, aliud traditio. Verum præterquam quod hæc *Vultei.* consideratio expresso textu *d. c. unic. quid sit investit.* refellatur, qui propriam & abusivam investituram esse proponit, etiam respondęri potest, eum in illa objectione species cum suo genere confundere, hoc est, quod speciei utrique à genere communicatur, sic assumi, ut ex eo utraque labefactetur; Investituræ enim in ge-

genere sic dictæ commune est, ut sive tradatur, sive non tradatur possessio, nihil intersit; quod si communicetur separatim speciei utrique manifestè falsum est; nam pro forma requirit propria traditionem possessionis; quam sic aversatur impropria, ut si ea semel tradita fuerit, suum amittat nomen, & hujus assumat: atq; ita rectissimè inter eas inimica quædam dissensio, cum toto optima consensio reperitur.

VII.

Quæri hic potest, si non quidem abusivè sit investitus Titius, sed ei saltem promissum feudum, an actionem aliquam contra dominum habeat?

Quod quidem prima facie negandum videtur: quia jure civili ex nudo pacto actio non datur. *l. 7. §. 4. vers. igitur nuda pactio. de pact. 2.* quia aliud est abusivè investiri, aliud promittere de investiendo *Hartman. Pistor. lib. 2. q. 30. n. 5.* sicuti aliud est promissio de vendendo, aliud venditio *Bald & Angel. in l. 1. C. de pact. pignor.* aliud donare, aliud promittere, juxta illud *Martialis lib. 10. epigram. 16. in Cajum.*

Si donare vocas promittere, nec dare, Cai
Vincam te donis muneribusque meis.

At in eo casu, ubi quis abusivè investitus est, actionem saltem habet. *c. unic. §. si facta. 6. Si de feud. defunct. content. sit.* Ergò ubi nuda promissio facta est actione destituetur. Ratio consecutionis manifesta est, quoniam aliàs nihil plus in illo, quàm in hoc casu erit. Verùm iis non attentis affirmandum erit. 1. quia licet donatio non sit vallata stipulatione vel traditione, sed nudo pacto; tamen ex eo agitur. *l. si quis argentum. 35. §. sin autem. 6. C. de donat.* Feudi autem promissio donationis instar est. *c. unic. in fin. quib. caus. feud. amit.* 2. quia promissio feudi non est nuda, sed causam servitiorum annexam habet, & consequenter uti in primo argumento opposito dicebatur, nudum hoc pactum de dando feudo perhiberi nequit; Quod & in altera objectione proponitur, ex sequentibus ita resolvendum esse intelligimus, non so-

lum plus esse in abusiva investitura respectu actionis, verum etiam rei ipsius: nam qui agit ex facta promissione, agit saltem, renuente Domino rem tradere, ad interesse: qui verò abusivè investitus est, potest dominum compellere, ut rem præcisè tradat, nec præstando interesse liberari potest. *d. c. unic. §. si fi sta 6. si de feud. defunct. content. sit c. unic. in pr. si de invest. feud. contr. fuer.* quibus opponi solet. *c. unic in fin. de nov form. fidelit.* Investitura facta & fidelitate subsecuta, *ait*, omnimodo cogatur dominus investitum in vacuam possessionem mittere, quod si differat, omnem utilitatem ei præstabit, hoc quid aliud est, quàm id quod interest? verum considerandum est, qualiter utilitatem præstabit, an pro re ipsa: ita ut ab ejus præstatione simul liberetur, vel propter commissam moram? sic est, hæcque minimè ut principalis præstationem excludit.

VIII.

Idq; eo usq; nostri extendunt, ut reluctante domino concedant vasallo propria auctoritate fundum ingrediendi, & possessionem apprehendendi facultatem.

Zas. p. 6. n. 7. Schneidew. p. 4. n. 11. Hartman. Hartm. pract. observat. tit. de feud. observat. 6. n. 7. Verum an rectè? dubito: quoniam creditori ne quidem pacto accedente pignus propria auctoritate occupare licet. *l. 3. C. de pignor. & hypothec.* à qua separari vasallus non debet: nam licet jus in re habeat, *ut Bald. voluit, relatus à Prapos. in c. unic. in fin. de nov. form. fidelit.* creditori tamen quin idem largiendum sit, nemo dubitaverit. Deinde jure satis aperto provisum est, ne quis sibi sua Jus dicat manu. *l. non est singulis. ff. de R. J. l. nullus. 14. C. de Judæis.* Id autem in proposito contingeret, si dominus vasallum non admitteret, indeque verbera cædesque committerentur. *l. quoniam. 6. C. ad L. Jul. de vi publ.*

IX.

Ex quibus etiam eorum arguitur error,

qui

qui per abusivam investituram dominium utile in vasallum translatum esse contendunt.

Si enim investitura facta dominus vasallum in possessionem mittere tenetur, *uti constat ex d. c. unic. §. si facta, 6. si de feud. defunct. content. sit. unic. si de investit. feud. controv. fuer.* dominium rectè translatum dici nequit, quoniam illud ex possessione oritur. *l. 1. §. 1. ff. de adquir. possess.* Deinde hæc à Feudista *in c. unic. in pr. quid sit investit.* inter propriam & impropriam investituram constituitur differentia, quod per illam possessio transferatur; per hanc non item: quia discriminatione benè attenta non operosæ refutationis erunt, quæ opponi possunt: quod enim dicunt, investitura feudum acquiri *c. unic. in fin. de feud. cognit.* id de propria sic dici potest; vel si de impropria etiam accipiatur, non absonum est, respectu juris, quod per eam consequitur, intelligere, ut patet *ex c. unic. in cap. extraord. deprobat. investit.* Similiter æquiparatio successionis & investituræ *in d. c. unic. & c. unic. de consuet. rect. feud.* ex eadem responsione dependet: ut enim successione ipso jure transfertur dominium utile in vasallum. *l. cum heredes. 23 de acquir. possess.* Sic propria investitura per possessionem transfertur dominium idem in vasallum. Quod insuper additur; vasallum rei per beneficium rectè investitæ à quolibet possidente quasi vindicationem habere. *c unic. vers rei autem. de investit. de re alien fact.* id accipiendum est eo casu quando propriè dominus vasallum investivit, isque postmodum feudi possessionem amisit: tunc enim contra quemvis possidentem quasi vindicationem instituere potest, quia quasi dominium habet, quod *Dd.* utile vocant, cujus intuitu etiam ei, qui perpetuò feudum conduxit, & qui superficiem habet, vindicatio conceditur. *l. 1. final. ff. si ager. vectigal. l. superficiario. ff. de R. V. l. tutor. §. final. de pignor. act.* Denique opponitur, per traditionem clavium possessio quæritur. *l. clavibus. ff de contrab. emp.* similiter itaque quæritur possessio per vexillum vel annulum. *Dynus* rationem diversitatis hanc adsignat: quia res sub custodia clavium constituuntur & continentur; & ideò traditis clavibus, sub qua-

rum custodia sunt res ipsæ, intelliguntur quoq; traditæ res. Vexillum verò vel annulus nihil commune habet cum ipsis bonis feudalibus; ideò tunc non intelligitur translata possessio: quam rationem sequitur *Alvarott. in d.c.unic.n.7. quid sit investit.* verùm hæc ratio rem non explicat, quia clavibus traditis non ideò res transferuntur, quod sub custodia earundem constitutæ sint, sed ideò, quod in conspectu loci, hoc est, apud horrea, in quibus res erant, claves traditæ erant: Nam dum locum oculis subjectum habet, ejusdem possessionem consequitur. Unde eleganter *Celsus*, si vicinum fundum mihi mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque possessionem se tradere dicat, non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem. *l. quod meo 18. §. si venditorem. 2. ff. de acquir. possess.* quapropter & ad exemplum clavium apud horrea traditarum existimo, dominium utile & possessionem in vasallum transire, si vexilli vel annuli traditio in rei conspectu fiat *l.1.§.21.l.51.ff de acquir possess.*

X.

Quæramus jam, si duo de eodem feudo abusivè investiti fuerint, & alter eorum possessionem nactus sit, quis potior existimari debeat?

Et sunt, qui eum, qui tempore prior est, priorem jure etiam statuerunt, licet posteriori res tradita sit: propterea, quod dominus ad faciendum saltem obligatus sit. *c. unic. §. si facta. 6. si de feud. defunct. contem. sit intr. dom. & agnat. vasall. ibi:* feudi possessioné (de quo investituram fecit) tradere compellendum; tradendi n. obligatio facti est: in obligatione auté facti cóvenit priori satisfieri. *arg l in operis. 26. ff. locat. 2.* potest argumentum desumi *ex d. c. unic. § si facta. 6. & c. unic in fin. de nov form. fidel.* ubi dicitur quod omnimodo dominus compellendus sit feudi possessionem tradere. Dictio autem *omnimodo* habet præcisam necessitatem; sicuti constat *ex l. 3. §. 1. ibi:* at hoc edicto omnimodo, qui receperit, tenetur. *ff. naut. caup stabul. l. 35. §. 4. ibi:* omnimodo requirenda. *C. de donat.* 3. Non ignoti juris est, jus semel vasallo quæsitum auferri non debere. *c. unic. de feud. sine culp. non amit.* Quapropter

pter cum per abusivam investituram jus vasallo quæsitum sit. *d. c.unic.* §. *si facta 6.* id ei auferri invito non potest. *l. id quod nostrum. ff. de R. J. 4.* his astipulatur id, quod de beneficiis Ecclesiasticis jure Canonico definitum est, eum cui prius beneficium concessum fuit, præferendum esse illi, qui secundo loco impetravit quamvis hic possessionem nactus fuerit *c. tibi qui. c. si duobus. de rescript. lib. 6.* Nam hinc etiam in feudis idem admittendum videtur, quippè cum magnam cum beneficiis cognationem habeant, sæpiusq; beneficii nomine honorentur. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit. cap. unic. vers. rei autem. de invest. de re alien. fact.* 5. facit, quod vasallus possessionem à domino avocare possit, si is possessionem tradere recusaverit *d. c. unic.* §. *si facta 6. si de feud. defunct. content. sit & c. c. unic. in fine de nov. form. fidelit.* utique etiam avocare poterit ab illo, qui possessionem rei nactus sit, quia non debet esse melioris conditionis, quam author suus. *l. 120. l. 160. & l. 175. de R. J.* 6. Denique confirmari ex eo nonnulli credunt quod dominus à sua parte contractum impleverit, sicq; possessionis dominium quoad se transtulerit; quamvis itaq; à parte vasalli apprehensum nondum sit, non tamen poterit id quo semel se abdicavit, in alium transferre. *l. nemo 54. de R. J.* Verum his & similibus non attentis communis Dd. opinio eum, cui res tradita est præferunt: & rectè: Nam is, qui duobus vinculis nititur, fortiori jure munitus est, quam is, qui saltem unico insistit. *arg.* §. *sed hodie. 2. Instit. de adopt.* Is autem cui res tradita est, & fulcro investituræ & traditionis gaudet. Ergò potior erit eo, qui saltem abusivè investitus est. Deinde, qui dominium rei nactus est, ab illo eadem vocari non debet, nisi justis de causis. *d. l. id quod nostrum. 11. de R. J.* Atqui is cui res tradita est, dominium saltem utile feudi accepit. Ergò ab eo avocari sine ejusdem culpa non debet. *c. unic.* §. *si quis fecerit. quo temp. mil. invest. pet. deb.* nec mihi hic replicari patior, justam subesse ex eo causam, quod jam alius sit, qui prius investitus sit, siquidem non in causa est fidei malè feriatæ is qui accepit, sed dominus: Eum ergò actione, & non accipientem pulsare poterit. *arg. c. unic. in pr. de investit. de re al. fact.* Tertio hanc opinionem confirmat *l. quoties c. de rei vind.* ubi in re duobus vendita is potior statuitur, qui rem nactus est, cujus rei ratio est, quod dominiũ regulariter in alium non transferatur

Hhhh 3 aliter,

aliter, quam per traditionem. *l. traditionibus. C. de pact. l. nunquam. ff. de acq. rer. domin.* quæ cum tàm valeat in casu nostro, quàm venditionis; manet enim dominus, antequàm possessionem feudi tradat, *l. traditionibus. C. de pact.* valebit & per optimam consequentiam idem jus. *arg. d. illud. ad L. Aquil.* Ex quibus quartum profluit argumentum: Nihil tàm conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre ratam haberi, ut loquitur *Imperat. in § per traditionem 40. Instit. de Rer. Divis.* At dum secundo tradit, adhuc respectu prioris, qui abusivè saltem investitus est, dominus est tradens. *d. l. traditionibus. C. de Rei vindicat. l. alienatum de V.S.* etiam consequenter per traditionem ex voluntate domini rectè in eum, cui res tradita est, dominium transfertur *l. qui tibi. C. de hæred. vel act. vend. l. qui tibi. C. de his, qui à non domin. manum.* Atque hanc sententiam non impugnant illa, quæ opposuimus argumenta: nam quod primum attinet, procedit id, nisi posteriori tradita res sit, quod evidenter innuit opposita. *l. in operis. 26.* quia loquitur de operis duobus simul locatis, necdum præstitis: Id enim nisi dixerimus, uniq; operas præstitas existimaverimus, frustra, cui satisfieri prius oporteat, quæstio institueretur, cum uni jam satisfactum sit. Eandem responsionem patitur alterum argumentum: Compellendus enim *omnimodo* est dominus, scilicet si rem habeat: nos verò in iis terminis versamur, ubi facultate præstationis (tradidit enim rem alteri) exclusus est. Tertium argumentũ vult, jus vasallo quæsitum auferri non debere, quod non gravatè admittimus, eiq; actionem contra dominum, ut vel æquivalens feudum, vel id quod interest, præstet, largimur, hocq; modo ipsi jus suum conservamus: verum quia rem ipsam nondum nactus est, sed posterior ejusdem per traditionem dominus factus sit. *d. l. traditionibus.* se ea re, quam nunquàm habuit, privari justè haud conqueri potest. Quod attinet capitula illa juris Canonici, ex quibus quarta objectio extructa est, loquuntur eo in casu, ubi traditum est instrumentum de beneficio vacante, quo ipso priori, licet posteriori ejusdem possessio tradita sit, beneficium acquisitum censetur. *arg. l. 1. C. de donat.* Undè notabiliter, inquit *Bartol. in l. Labeo. 2. ad fin. ff. de pact.* quod quando tibi instrumenta, in quo nomina meorum debitorum continentur, concedo,

tradi-

tradidisse etiam videar & cessisse actiones mihi competentes, contra debitores. Quinta oppositio procedit, si ejus, qui dedit, & ejus, qui accepit, par & similis utrobique sit ratio: at nemo est qui non dissimilitudinem eorundem agnoscat, qui dedit personali actione pulsari potuit, eaque priori rem ab ipso avocare licuit. *l. final. §. Lucius ff. de donat. l. qui tibi. C. de hared. vel. act. vendit.* quæ sanè ipsi contra eum, qui accepit, utpote contra tertium, quique nullo personali vinculo ei obstrictus est, competere non potest. Deindè avocare potest prior investitus, si dominus rei tradendæ facultatem habeat: ea autem jam exclusus est, & consequenter ferat hanc suæ cessationis pœnam, quod non in tempore eam petierit. *arg. l. 24. ff. quæ in fraud. creditor.* Ultimæ objectionis falsitas ex eo apparet, quod tùm demum dominus dicatur implevisse contractum, cum nihil amplius, quod fieri oporteat, restet. In casu autem proposito traditio rei superest: quapropter dici nequit, quod dominus à parte sua cōtractum impleverit; quin hoc argumentum si invertatur, posteriorem vel maximè tuebitur, quando dominus à sua parte contractum implevit; & vasallus eundem acceptavit, necessum est, ut is parte ab utraque servetur, & potior sit contractu imperfecto. *l. sicut. 5. C. de O. & A.* In casu autem eo, ubi posteriori res tradita est, contractus à parte domini per traditionem, à parte vasalli per acceptionem perfectus & impletus est: Et consequenter is præferri contractui priori, qui nondum confirmatus est, debet.

XI.

Atque hæc etiam procedere in eo casu credimus, quando posteriori feudi possessio tradita sit cum clausula salvo jure primi investiti.

Nullius enim illa effectus est: siquidem licet addita non fuit, nihilominus jus primi investiti salvum respectu æquivalentis feudi aut æstimationis manet *c. unic. ibid. Dd. de invest. de re alien. fact*: vel addita, nullum jus priori dare potest contra secundum, quum nullum antea habuerit.

XII. *Quod*

XII.

Quod si autem non constet, utri possessio tradita sit, sed tàm primus, quàm secundus probet, sibi possessionem rei in feudum concessæ traditam, nec liqueat, quis illorum prior, & quis posterior possessionem hujus rei adeptus sit, præsumptio est pro primo. arg. l. in operis. 26. ff. Locat. Rosenthal. c. 6. conclus. 12. de feud. *An quoque in Principis investitura procedat?* de qua quæstione vide copiosé allegatos á Fachin. 7. controvers. 33. in fin. Existimarem cum Gail. 2. obs. 55. eam decidi posse.

XIII.

Non solum vero dominus feudi, de feudo sibi jam aperto, investire aliquem potest; verum etiam de illo feudo, quod nondum apertum est; aperietur autem, si vasallus, qui ultimus est familiæ & agnationis suæ, moriatur.

c unic. in fin. de feud. dat. in vic. leg. commiss. reprobat. *c. unic. §. moribus. si de feud. defunct. content. sit*: de qua vide *Hartm. Pistor. quæst. 25. lib. 2. quæst. Gail. 2. obs. 155. Borchold. d. c. 7. n. 18. Vultej. d. c. 7. n. 48.*

XIV.

Cæterum hic inter Clericum & laicum distin-

distinguendum est: Nam si Clericus aliquem investivit de feudo nondum aperto, & moriatur, antequam feudum aperiatur, successor investituram à defuncto factam adimplere non cogitur: Laicus verò tenetur investituram, quam defunctus fecit, confirmare; sivè vivo antessore, sivè mortuo feudum fuerit apertum.

c.unic.qui success.feud.dar.teneant c.unic.qui success. teneant. c. unic.§.moribus si de feud.defunct.cont.sit. C. unic. de Cler. qui invest fac. Schurff.consil.59.n.1.cent.2 Hartm.Pistor.2.q.27.n.15. Rationem differentiæ exposuit *Borthold d.c.7.n 19.*

XV.

Fieri quoq; potest investitura vel purè, vel sub conditione poßibili & honesta. c.unic. qui success.teneant.Rosenth.d.c.6.n.36.Vultej d.c.7.n.44.45.

XVI.

Porrò Vasallus non solùm per seipsum; verùm etiam per alium, puta procuratorem. c. unic.§.sed utrum.per quos fiat investit. *vel nuncium.* c.unic. §. item investit. de not. feud. *investituram accipere poterit, quemadmodum & dominus per alium facere.* d.c. unic.

XVII.

Fit autem investitura vel de novo, vel de veteri feudo: Illa propria; hæc impropria est: siquidem hac non tàm feudum constituitur, quàm in persona successoris confirmatur.

XIIX.

Utriusq; solennitas potißimum consistit in eo, ut testes adhibeantur; qui alii solent esse in novi; alii in veteris feudi investitura.

XIX.

Si enim de novi feudi investitura quaratur, ea coram paribus Curiæ, h. e. convasallis expediri debet.

Ne scil. quid excogitetur falsitatis in perniciem domini, aliis testibus inductis, corruptis fortè pecunia, vel odio, vel gratia, quæ non sunt suspicanda in paribus, *ut ait Feudista in c. unic. vers. idcircò. de not. feudor.* Idque propter vinculum juramenti quo domino obstricti sunt. *c. unic. & seq. qualit. jurar. deb. Vasall. dom fidelit.* quod non ita tamen intellectum vult *Zas. p. 6. n. 3. de feud.* quasi præcisè partes ad ejusdem probationem requirantur; quin etiam instrumento, quod feudali jure breve testatum dici solet, extraneorum subscriptione confirmato probari arbitratur, *motus c. unic. quid sit invest.* Verum tantum abest, ut quicquam tale illo textu exprimatur; ut etiam contrarium evidenter illo constet; non debet probare, *ait Feudista*, nisi per pares curiis illius domus, vel per publicum instrumentum à tribus vel duobus paribus confirmatum, &c. quapropter alii in ejusdem opinionis comprobationem trahere conantur *c. unic. ibi*: etiamsi pares ejus curiæ adsint testes, vel brevè testatum indè fit. *qui successor. feud.*

feud.dar.teneant. Ex quo, *inquiunt*, si necessariò testes instrumento pares adhibendi essent, in effectu non nisi per pares probari posset. quum tamen *Feudista* dicat, brevi testato etiam probari. Verum nec hoc argumentum quicquam stringit: Largimur quippe non inviti *Zasio & sequacibus* per instrumentum investituram probari, verum ut id parium subscriptione innitatur, requirimus. *d.c unic. quid sit invest. & d c. unic. vers.* idcircò pares. *de not. feudor.* admittimus *Zasii* sententiam, quando pares curiæ dominus non habet: tunc enim per quoslibet idoneos testes, aut per publicum instrumentum probari potest, ut loquitur *Feudista in c. unic. vers. Si autem investitura, quid sit investitur.*

XX.

Quid si quidem dominus pares habeat, illi autem absint, quæritur sintnè expectandi, vel illorum in locum extranei surrogandi?

Quod non admittere videtur *c. unic. vers. nec dicatur, ibi*: nec dicatur investituram, ubi sine paribus facta est, valere; quoniam tunc temporis aberant pares: quia etiamsi absint, tamen expectandi sunt. *de consuet. rect. feud.* ubi *Francisc. Hottoman. ait*: vitium repugnantiæ esse, quoniam apertè scribitur *in c. unic. vers. testes verò. Si de investit. int. dom. & Vasall. lis oriat.* Si pares tempore investituræ abfuerint, extraneos recipi posse, quid dicendum? Existimo si parium absentium copia haberi possit, omninò eorum præsentiam expectandam esse, idq; ratione illa *d. c. unic. vers. idcircò. de not. feudor.* quod si verò omninò eorum copia, puta propter distantiam loci, aut quia ignoretur, ubi locorum degant, non suppetat, dicerem *ex d. c. unic. si de investit. int. dom. & Vasall. lis oriat.* extraneos etiam recipiendos esse. Paria quippè sunt, omninò non habere, aut habitorum non habere copiam. Necessitas enim, *ut dici solet*, legem non habet. *l. cum antiquitas. C. de testam.*

XXI.

Non minor est difficultas, an etiam in Clericorum investituris parium adhibendorum solennitas necessaria sit?

Quod velle videtur *c. unic. in pr. qui test. sunt necess. ad nov. invest. proband.* Sivè Clericus *(ait)* sive laicus dominus sit ad probandam novam investituram, semper pares curiæ sunt necessarii. Et ratio certa adstipulatur; quoniam quo latentius & occultius Clericis investituras suas faciunt. *c. unic. vers. hac omnia. si de investit. int. dom. & Vasall. lis oriat.* eò magis prospiciendum est, ne quid falsitatis committatur. *c. ubi periculum. de Elect. in 6.* Id autem fit, si pares curiæ adhibeantur, utpote quorum præsentia omnis falsitatis suspicio tollitur. *c. unic. vers. idcircò. de notat. feudor.* Verum econtrà id negat *d. c. unic. vers. hac omnia si de investit. int. dom. & Vasall. lis oriat.* In Clericorum feudo, *subjicit Feudista*, pariter accipiuntur pares & extranei. *&c.* Equidem hæc pugnantia ita in concordiam redigere soleo; tunc dispositionem *d. c. unic. qui testes sunt necess. &c.* procedere, cum Clerici de bonis suis patrimonialibus aliquem investiunt: idque innuere videtur Feudista in initio *d. c. sive Clericus, sivè laicus dominus sit.* Nam si de rebus Ecclesiæ investiant, non rectè earum domini, sed saltem administratores esse dicuntur. Si verò de Ecclesiasticis feudis investiunt, puto decisionem *d. c. unic. si de investit. int. dom. & Vasall. &c.* obtinere, quid ita favor sc. Ecclesiæ id expostulat, ut per quosvis etiam Clericis non obligatos, cujusmodi extranei sunt, Ecclesiæ inditium investituræ fiat, utque eidem de investitura, sitnè ei proficua nec ne, tantò facilius inquirere liceat, cujus silentium in paribus, propter honorem domini, timeri facilè potest. *arg. c. unic. de nova form. fidelit.*

XXII.

Quod si autem investitura fiat de veteri feudo, sufficiunt etiam testes extranei.

c. unic. in fin. qui test. sunt necess. ad nov. invest. proband. propterea quod, *ut supra aiximus*, hæc nihil aliud est, quam renovatio

ejus investituræ, quæ jam facta est, in qua cum omnia fide bona gesta sint, cessat meritò adhibitio parium, tanquam cessante ratione ob quam *in d. c unic. vers. idcircò. de not. feud.*

XXIII.

Toties autẽ ejus renovatio petenda est, quoties vel domini vel Vasalli persona mutatur.

Hoc ideò, quia in feudo præstanda est fidelitas, id est, juramentum fidelitatis. *c. unic. quid sit investit.* Juramentum autem à defuncto præstitum, cum ejusdem persona expirat: solvit quippè mors omnia. *c. deinceps. Novell. de nupt. §. non autem. Inst. de perpet. & temporal. act.* Et consequenter à successore de novo præstandum erit.

XXIV.

Quæritur hic, intra quod tempus investitura peti debet?

Distinguendum est inter novi & veteris feudi investituram. Si enim de novi feudi investitura quæratur, nullum quidem à jure ei certum tempus præfinitum est, sed hoc saltem traditũ, Vasallum, cui feudum dominus promisit, ad requisitionem domini comparere debere, fidelitatisq; juramentum præstare; quod si autem tribus vicibus citatus convenienti tempore interposito ad curiam venire reclamaverit. *c. unic. §. 1. quæ fuit prim. caus. benef. amit.* feudum amittit. *c. uniç. de mi'it. Vasall. qui contumax est.* De antiqui verò feudi investitura discrepantia textuum occurrit. Sunt enim textus, in quibus traditur, quod intra annum & diem à tempore scientiæ ejusdem renovatio peti debeat *c. unic. in pr. quæ fuit prim. caus. benef. amit c. unic. § final. de prohib feud. alienat per Frideric.* quibus ex diametro contrarius textus *in c. unic. in pr. quo temp. milit. investit. pet deb.* vult intra annum & mensem renovationem petendam esse: putat *Hottom.* posteriorem locum juxta priores corrigendum esse; quod si fecerimus, expedita res est; verum si lectionem communem retinuerimus, dicerem id posterius de milite actu militante intelligendum esse: sic enim textus concipitur, *quo tempore miles investituram petere debet.* Ignotum quippè non est, multa militibus propter eorundem simplicitatem mili-

tiæque continuos labores concessa esse, quæ in consequentiam trahi non debent. *l.1. C. de jur & fact. ignor. l. final. in pr. C. de jur. deliber.* meritò eis prolixiore tempore consuli debuit, ita ut neque hanc explicationem impugnet, quod multis in locis juris feudalis militis appellatione significetur Vasallus. *c. unic. §. 1. vers. defuncto. Si de feud. defunct. content. sit. c. unic. in fin. quo temp. mil. &c.* Id enim uti nos non negamus, ita a nobis dandum opinamur, quod etiam sæpissimè vox militis in feudali jure pro milite militante, qui etiam Vasallus est, accipiatur.

XXV.

Ipse autem Vasallus renovationem petere, nec citationem domini, ut in novo feudo, expectare debet.

c. unic. §. 1. quæ fuit prim. caus. benef. amit. Ratio diversitatis est, quoniam in novo feudo ante investituram Vasallus nihil juris habet: fidelitas autem ratione juris quod habet Vasallus, præstanda est, quo quandiu carere vult, tandiu fidelitatem ut præstet onerandus non est: Aliud autem est in feudo antiquo, in quo cum dominii utilis jus in novos successores continuetur, meritò ad servitia & fidelitatem, ac dominii directi cognitionem se offerre, etiam non requisitus, debet.

XXVI.

Petita autem investitura, quæstio oritur, utrumnè fidelitas vel investitura præcedere debeat?

Et quamvis sæpissimè responsum esse dicat *Feudista*, investituram debere præcedere *in c. unic. quid praced. deb. invest. vel fidel.* controversum tamen id videri potest, propter *c. unic in fin. per quos fiat investit.* in quo vult *Feudista*, nullam investituram fieri debere, qui fidelitatem facere recusat. Ergò fidelitas præcedit, subsequiturque investitura. Verum hujus rei explicatio dependet ex *c. unic. in fin. de nov. form. fidelit.* investitura facta, *ait Feudista*, (scil. abusiva) & fidelitate sublecuta, omninò cogatur dominus in-

investitum in vacuam possessionem mittere, i. e. veram investituram facere. Quapropter utriusque textus consonantia rectè per abusivæ & veræ investituræ distinctionem habetur: Qui enim fidelitatem à Vasallo exigit, necessum est, ut causa fidelitatis, propter quam ea exigitur, præcedat: Est autem ea abusiva investitura, quam subsequitur fidelitas, & hanc vera investitura; sicque quod diximus, in novi non veteris feudi investitura procedere recognoscimus.

XXVII.

Fidelitatem cum dicimus, juramentum fidelitatis intelligimus, cujus forma in jure feudali triplex proponitur, ejusq; summa ad sequentia redit, quod Vasallus dominum præstare velit incolumem, tutum, quod honestum, atq; omne illud facere, quod ipsi futurum sit utile; Vasallo verò facile & possibile. c.unic.de form.fidelit.

XXIIX.

Quod ut non omnes præstant, ut quibus pacto remissum est. c. unic. in fin. per quos fiat invest. *vel si Vasalli minores.* c.unic.§. si minori. Si de feud. defunct. content. sit int.dom. & agn. Vasall. *ita nec contrà omnes obligat: Excipitur enim antiquior dominus.* c. unic. in fin. hic finit lex. &c. *non enim potest ei abjurare, cui prius fidem juravit: Excipitur & Imperator.*

c.unic.in fin.de prohib.feud.alien.per Frider. *cum quia mundi dominus sit* l. deprecatio.ad L.Rhod. de jact. *tum quia omni creaturæ præferendus sit*. c.solicitæ. de major. & obedient. *Excipitur & jurantis patria, quia antiquior domina est: nam simul ac Vasallus nascitur, ei fidelitatem debet*. l.2. de just. & jur. *Undè eum filium, qui patrem ad patriam delendam venientem occiderit, præmio afficiendum esse majores constituerunt*. l. minimè. 35. de relig. & sumpt. funer. *Excipitur & persona jurantis, cùm quod in omni actu illa excipiatur*. l.18.C. de solut. *tùm quod ordinata charitas incipiat à seipso*.

XXIX.

Quæritur an excipiatur pater jurantis?

Affirmatur 1. *c.unic. in fin. Hic finit lex. &c.* 2. quia contra omnem omninò hominem defendere dominum tenetur. *c. unic. de nov. form. fidelit.* Ergò & contra patrem: Qui enim omne dicit, nihil excludit. 3. quia fortius obstrictus est domino, quam patri; huic quidem naturæ; at illi juramento vinculo, quod Deo præstitum eum strictius constringit. 4. quia patri filium pro domino offendere licet. *d. c. unic. in fin. Hic finit lex. &c.* at nulla major est patrem quàm filium offendendi ratio. *l. 1. ad L. Pomp. de Parricid.* 5. Undè sicut filio bellum patri inferenti nulla charitas. *l. postliminium 14. §. filius. 7. de capt. & postlim. reversf.* ita nec patri ulla pietas debetur. *d. l. minimè. de relig. & sumpt. funer.* 6. Id depen-

dere

dere videtur ex veteri jure clientum, de quo *Gell. lib. 5. c. 13. Baldum. ad L. Romul. 18 n. 33.* cum quibus similitudinem magnam Vasalli habent. *Zas. p. 1. n. 1. de feud. Sonsb. p. 1. n. 30.* 7. Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. *Decius & alii in l. 1. de R. J.* In formula juramenti excipitur Imperator & Rex. *d. c. unic. de nov. form fidel.* Ergò non excipietur pater jurantis. Econtra negativa sequentibus stabiliti potest: 1. quia jure divino filii parentibus omnem honorem & reverentiam debent; non itaque eosdem oppugnare poterunt. 2. quia duo vincula vincunt unum. *§. 1. Instit. de adop. Auth. itaq. C. commun. de success.* Filius autem tenetur patri duplici vinculo, uno naturali, quia ab eo progenitus est: alio civili, quia sub ejus potestate est: At domino saltem unico tenetur vinculo, sc. naturali propter fidem ipsi datam. 3. Juramentum non debet vinculum esse iniquitatis. Id autem esset in proposito: siquidem filium in patrem armaret, & ideò id, quod alibi dicitur, rectè adsumitur, in malis promissis rescindêda est fides, quandoquidem impia sit promissio, quæ scelere adimpletur. *c. in malis. 22 q. 4.* 4 formula juramenti filium Vasallum ad honesta saltem obligat. *c. unic. de form. fidelit.* at quis honestum dixerit eum vita privare, per quem eam nactus est filius? 5. addit *Zas. p. 7. n. 31.* si patri alimenta propter dominum denegare nequit. *Bald. in d. c. unic. de nov. form. fidelit.* quomodo ei vitam propter eundem adimet? 6. Pater licet impius & legum contemptor sit, tamen pater est. *Nov. 12. c. 2.* Equidem distinctionis medio rem in concordiam deduci posse credo: nec inducor ut credam, tàm ab omni pietate alienos fuisse, qui hoc jure consuetudinario usi sunt, ut non oculos ad præceptum illud divinum de honorandis parentibus direxerint. Confligere quidem videtur patria pietas cum hoc jure, sed qui pressius illud consideraverit, haud iniquum illud, aut impium inveniet: quis enim ignorat, jurisjurandi religionem esse permagnam? non pejerabis in nomine meo, *inquit Deus Levit. 19.* nec pollues nomen Dei tui: Item *Matth. 5.* Reddes domino juramenta tua. Atq; omni modo providendum, ne temerè violentur, sed quàm maximè serventur; nunc verò constat, Vasallum tùm demum domino obligatum esse, si injustè ab alio offendatur, vel ipse justè alium offendat, *c. unic. de nov. form. fidelit. Zas. p. 7. n. 27. de feud.* atque tale quid pa-

 tia-

ciatur, quod contra jus gentium aut civilem æquitatem [illegible] quocircò pater injustè dominum oppugnaverit facit ille [illegible] quantum in ipso est, ut ipsi reverentia nulla debeatur, quoniam illa, quæ parentibus obedientia debeatur, jurisgentium est. *l. 2. just. & jur.* Si itaque contra jus gentium faciat, quod fit domino bellum injustè inferendo, non poterit juris istius privilegiis gaudere. *arg. l. auxilium. 37 in fin ff. de minor. l. final. §. si verò post. C. de jur delib. l. 1. § hoc autem. ff. si fam. furt. fec. dic. l. consensu. C. de repud.* quocircò majores minimè lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam, aut liberos interficiendos venit. *d. l. minimè. de relig & sumpt. funer.* facit autem id pater noster, quoniam venit injustè contra dominum, perque ejusdem latus contra proprium filium. Quapropter hoc in casu filius noster rectè domino ad ejusdem & propriæ personæ defensionem aderit, majoremq; rationem præstiti juramenti, quam impii patris habebit. Quibus attentis facilis omnino in utramq; partem propositorum argumentorum concordia erit. Et tantum de investitura.

XXX.

Secundò feudum acquiritur præscriptione; si quis enim per 30. annos rem aliquam domini liberam ut feudalem possedit, & domino requisitus tanquam Vasallus servitia exhibuerit, rectè se 30. annorum præscriptione tuebitur.

c. si quis per 30. ann. tit. si de feud. defunct. content. sit inter dom. & agn. Vasall. Atqui dices: forma dat esse rei, & ubi ea abest, res quoq; abesse censetur. Constat autem feudi formam in eo consistere, ut investitura constituatur. *c. unic. in pr quib. mod. feud. constit. poss.* dici autem non potest in præscriptione investituram factam esse, cum & Feudista expressè velit etiam non investitum se 30. annorum præscriptione tueri posse. Verum respondere potest, investituram non signum esse necessarium omnis feudi sed saltem ejus, quod vel investitura vel successione acquiritur [illegible]

ve-

verò proinvestitura est lapsus tanti temporis. *d.c.si quis per 30 annos.* quod præsumit omnia solennia intervenisse. *Borchold c.7.p.3.* Deinde opponi potest titulus extraordinarius, *An præscript. feud. acquirat.* qui est in ordine 87. qui vult, longi temporis præscriptione feudum posse acquiri. Communi autem jure ejus appellatione decennium venit. *§.1. Inst. de usucap. l. penult. de prætor stipul. l. si finitur. §.1. de damn. infect.* Verum is titulus explicationem recipit ex *d.c.si quis per 30. annos.* quod in materia feudali longum tempus, non decennium, sed tricennium interpretatur. *Cur autem jus feudale tanti temporis spacium requirit, nec ut jus commune decennio aut tricennio contentum sit?* explicare voluerunt *Hanneton. lib.2. Feudor. c.1. ad fin. Borchold c.7.p.3.n.5.* quoniam rerum feudalium præscriptio, *ut ipsi dicunt*, durior est, & majoris præjudicii, quàm rerum allodialium: Vasallus enim domino ad multa obligatur, & versa vice domin' Vasallo ad multa obstringitur: quæ tamen ratio minimè sufficit; quoniam in confesso est, rerum allodialium præscriptionem longè majoris præjudicii esse, utpotè qua omne jus domino aufertur, & tamen 10. vel 20. sufficit, quin & respectu Vasalli nullo modo durior est, quoniam pro servitiis fundum, qui longè majoris esse solet, quam servitia sunt, consequitur, ut sic ejus intuitu favorabilior foret præscriptio communis. Quare si reddiderint rationem, cur decennium vel vicennium magis jus commune, quàm octennium vel aliud tempus constituerit, dabimus & nos rationem constituti tricennii in jure feudali? generalis interim hæc sit; quia tanti temporis spacium sufficere credidit, intra quod vel semel dominus rerum suarum rationem iniret.

XXXI.

Nisi res sit Ecclesiæ aut Reipublicæ; eo enim casu spacium quadraginta annorum desideratur.

Novell.131. cujus contrarium cum consuetudinibus feudalibus expressum non sit, ei omninò stabimus *arg. c. unic. § in judicio. de Feud. cognit.* licet in contrariam sententiam propendeant *Schen. k. Baro à Tautenb. in d. § si quis per 30. ann n.5. Vultej. c.9. n.9.*

moti quod *d.c. si quis per 30. annos.* indistinctè loquatur. Ergò indistinctè accipi debet. *l. de pretio. ff. de public. in rem act.*

XXXII.

De bona fide quæri hic solet, an ea in hac præscriptione requiratur?

Negat Balbus de præscript. p. 4. pr. 4. quæst. 1. n. 3. Affirmativa tamen verior est per textum expressum *2. Feudor. 87.* qui est textus extraordinarius; Et cum casum reliquis feudalibus textibus non decisum contineat, omninò recipi debet *per trad. disput. 1. thes. 17.*

XXXIII.

Quid verò dicendum est de domino, qui per 30. annos fundi alicujus nomine, quasi feudalis esset, servitia ab ejus possessore exegit?

Resp. Mynsi. *4. obs. 29. n. 9.* post Clar. *in § feudum q. 19. n. 1. & q. 45. n. 1* fundum feudalem factum censeri; argumento correlativorum, quorum eadem ratio esse debet *l. ult. C. indict. viduit. Borchold. d. c. 7. p. 3. n. 10. Rosent. d. c. 6. q. 148.*

XXXIV.

Sed quæstionis est; An dominus contra Vasallum, spacio triginta annorum libertatem præscribere possit?

Et hac de re in causa Nobilium de Röden contra Comitem de Wertheim dubitatum fuisse in Camera scribit *Mynsing. 4. observ. 28.* Affirmat Bald. *in d. c. si quis per 30. annos. n. 11.* Zas. *p. 6. n. 33.* Borchold *d. c. 7. p. 3. n. 11.* quod idem per contrarium dicendum erit, bona scil. desinere esse feudalia, si agnatus defuncti Vasalli per 30. annos fundum possedit, nulla à domino feudi petita investitura. *Warmf. tit. de feud. pract. observ. 25. n. 15. Borchold. d. c. 7. p. 3. n. 12.*

XXXV.

Utrum verò hæc præscriptio noceat domi-

no volenti vindicare bona feudalia per Vasallum alienata?

Negamus *c. Imperialem. de probibit. feud. alien. per Frideric.* addita hac ratione: quod enim ab initio non valuit, tractu temporis convalescere non debet: quæ omnino distinctioné long. vel longissimi temporis destruit; qua tamen video *post Bald. Alvarot.* Cujacium *in c. unic. de capit. Corrad.* superiorem textum velle eludere, sicut & *d c. unic. § præterea de capit. b. Conradi*, cujus hæc sunt verba: Præterea ut liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione, revocare. Fundamentum distinctionis Cujacianæ est *in §. final tit. Qualiter olim poter. feud. alien* Verum is titulus, ut inscriptio indicat, refert, quid jure veteri obtinuit; nos verò id jus collimamus, quod usus approbavit. *Plura vide apud Fach. 7. controv. 61.*

DISPUTATIO SEXTA.

De Succeſsione Feudi.

RESPONDENTE

DANIELE VENEDIGER URATISL. Sileſ.

THESIS I.

E This quidem modis novum feudum acquiritur: antiquum vero per ſucceßionem obtinetur, quod licet in perſona prædeceſſoris novum fuit, in ſucceſſoris tamen incipit eſſe vetus.

c.unic.verſ.paternum.de natur.ſucceſſ.feud.c.unic.de duob.fratr. à capit.inveſt.

II.

Succeßio quidem jure civili duplex eſt; Teſtamentaria ſcilicet, quæ ex teſtamento; & Legitima, quæ ab inteſtato defertur.

§.final.Inſt.per quas perſon cuiq, acquir.

III.

In feudis verò regulariter teſtamentariæ locus non eſt. c.unic. de ſucceſſ. feud.

Feu-

Feudum quippè in rebus alienis consistit; de rebus autem alienis nemo testari poterit. *l. verbu legis ff. de V. S. Ulp. in fragment. tit. 20.* quæ ratio tàm agnatorum, quàm Domini jus implicat; hujus quidem proprietatem: Illorum, in spe, ex investitura acquirentis primi, quæsitum jus, quorum utrumque sine facto ipsorum tolli vel interverti non debet. *l. id quod nostrum de R. J.* neque id à juris civilis instituto abhorret: Illo enim vivus libertus (*inquit Julian.*) donare benemerentibus amicis potest; legare nec benemerentibus amicis potest, qui patroni partem minuat. *l. vivus. 5. ff. si quid in fraud patron.* Sic Vasallus suum feudum vivus dare potest, subinfeudando scilicet. *c. unic. vers. Sin verò. qualit. olim feud. alien pot.* legare autem non potest. *c. unic. §. donare. qual. ol. feud. alien pot.*

IV.

Quæritur si alicui feudum Vasallus leget, an hæres saltem ad æstimationem ejus teneatur?

Nonnulli affirmant. 1. quia si alicui res legatur, quæ est in communi commercio, licet non legatarii absque ejus tamen delicto, valet legatum, quantum ad hoc, ut æstimatio debeatur. *l. sed si res aliena 40 de legat. 1.* Feudum autem est in commercio, ita ut etiam accedente domini consensu alienari possit. *c. unic de alien. feud. patern.* 2. quia res aliena à sciente legari potest. *l. cum servus 39. §. constat. 7. de legat. 1. l. cum alienam. C. de legat.* multò magis ergò feudum, utpotè cujus jus Vasallus tempore legati ordinati habet. 3. quia servus incapax militiæ est, quæ si tamen ei relinquatur, ejus æstimatio debetur. *l. fideicommissa. 71. § si servo. de legat. 3.* Feudum autem à militia non alienum videtur; imò sunt qui à militiis feuda orta esse contendant. *Vigl. ad rubr. Instit. de milit. testam. n. 22.* Et militiæ vocantur commoda illa annonarum, salariaque, quæ armatam vel inermem militiam exercentibus publicè præstabantur. Verum his rationibus non obstantibus NEGATIVA verior est. 1. quia, si usumfructum habeam, cumq; legaverim, inutile legatum est. *l. quod in rerum. 24. §. 1.*

de-

de legat. 1 l uxor. 20. C. de legat. Feudum autem nihil aliud ... quàm usúsfructus. *c unic. in fin. in quib. cauſ feud. amit.* 2. quia de ... nulla ordinatio valet. *c. unic. de ſucceſſ feud* Ex nulla autem, ... inutili ordinatione utilis non poteſt ſequi effectus, quod ... æſtimatio præſtaretur; ea quippè locum rei ſubiret *l. ſi rem ... de petit hared.* 3. non entis nullæ ſunt qualitates. Feudum autem mortuo Vaſallo nihil amplius eſt; ſiquidem id morte V... omninò eſſe deſinit, ſe ſi ipſius perſonam reſpiciamus: Et conſequenter legati æſtimatio non debebitur *d l uxor. 20. C. de legat ... domui. §. ult. de legat. 1. l. Sticho de uſufr. legat.* 4. quando commercium legatarius rei legatæ non habet, nō debebitur æſtimatio ... *cum ſervus. 39. §. final. de legat. 1.* Feudi autem commercium, ... voluntate domini & agnatorum, legatarius non habet. Ergo. Non obſtat primum argumentum *ex d. l. ſed ſi res.* quia loquitur non de ea re, quæ ordinationem non recipit; imò licitè eam poterat teſtator legare, quamvis jus poſſidendi non habuerit legatarius & is, cui illa per fideicommiſſum relicta eſt. Secunda objectio vacillat: non enim negamus, rem alienam legari poſſe, ſed ſubintelligimus, ſi ordinationis ultimæ elogio ſubjecta ſit. Tertia objectio non obſtat; nam etſi ſervus quidem militiæ capax non ſit, tamen cum tale legatum in quantitate potius, cujus capax eſt, quàm corpore conſiſtat, valebit legatum, & ſic rebus non obſtat qualitas. At in caſu noſtro qualitas rei obſtat: nec enim unquam teſtamento relinqui poteſt. *c. unic de ſucceſſ. feud. c. unic. §. donare. qual. olim feud. al. pot.* atque id etiam tunc intelligimus verum eſſe, quando ad pias cauſas feudum legatum eſt. *c. unic verſ. donare qual. olim. pot. feud.* ne aliàs Juſtitiæ ratio pervertatur, & jus agnatorum tollatur; quibus ex inſita feudi natura ſucceſſio debetur, quin etiam præjudicium non vulgare conciliaretur ipſi domino, ad quem nunquàm rediret feudum, cum Eccleſia nunquam deſinet eſſe hæres: abſit igitur à Sancta Dei Eccleſia, ut lucra damnis quærere videatur, *c. fraternitas. 12. quæſt. 2.* ditarique velle cum aliorum jactura, quod à juſtitia, cujus illa cultrix dicitur *Novell. 7. c. 6.* alieniſſimum eſt, & ſi Vaſallus pius & liberalis eſſe velit, de ſuo non alieno, quod liberalitati contrarium eſt, eſſe debet.

V. Quæ-

V.

Quaritur an pater de novo feudo in præjudicium filiorum disponere possit?

Et sunt qui id negant. 1 quia generaliter dicitur, quod ordinatio defuncti in feudo non valeat. *c. unic. de success. feud.* Ergò etiam in feudo novo non valebit. 2. quia per contractum patris jus filiis quæritur in feudo *c. uni. ibi: unusquisq; enim sibi &c. de duob. fratrib. à capit. invest.* Ergò iis invitis id auferri non debet. *l. id quod nostrum. de R. J.* 3. quia omnis feudi alienatio prohibita est. *c. unic. de probib. feud. alien per Frider.* Ergò & illa, quæ fit per testamentum, præsertim cum ei non potest consensus domini adhiberi; quia testamentum ab alterius arbitrio pendere non debet. *l. illa institutio de hared. instit.* 4. quia jus, quod habet pater, finitur morte. Ergò legatum non valet. *l. uxor. C. de legat. l. servi electione. §. final de legat. 1.* 5. Filii non debent deterioris conditionis esse, quam sunt agnati: vasallus autem pater non potest de antiquo feudo quicquam in præjudicium agnatorum disponere. *c. unic. de alien. feud. pater.* Ergò nec poterit in præjudicium filiorum, unde dici solet, quod pater jura filiorum auferre non possit, sed ea magis augere & conservare. *l. 1. C. de bon. matern. l. in quæstione. C. de sent. pass.* Verum his rationibus non obstantibus affirmativa sententia verior videtur. 1. quia si filii per patrem, & à patre feudum obtinent, consectarium est patre de eo disponente, nec quicquam juris retinente, filios ad id admitti non posse. At verum prius. Ergò & posterius. Assumpti probatio petitur *ex c. unic. vers. si capitanei. ibi:* nepotes per investituram patris & avi in beneficium succedunt. *de feud. March. c. unic. An agnat. vel fil. defunct. poss. retiner. feud. &c.* Nec enim alia discriminis ratio est, quod agnatus repudiata hæreditate feudum obtinere possit, filius verò utrunque aut agnoscere aut repudiare, quàm quod agnatus proprio, & primi acquirentis jure feudum consequatur, ita ut debitis & onere alieno gravari per aditionem hæreditatis non debeat: Filius verò quia per patrem ad feudum venit, cum feudo & hæreditatem agnoscere cogitur. Probat itidem *c. unic. de filiis nat. ex matre, &c.* ubi filii nasciturі coguntur stare pacto & dispositioni patris, quod ex primo matrimonio debeant eis in

 feudo

feudo præferri, quod non alia receptum ratione c[illegible], quàm quia illi per patrem ad feudum venturi erant, & [illegible] illum repelli possunt. *l. Pomponius. §. cum quis. de acquir. po[illegible]* [illegible] quia majoris connexio eo stabilitur, addimus, quod nihil [illegible] naturale sit, quàm unumquodque eo modo tolli, quo colliga-tum est. *l. nihil tàm naturale. de R. J.* at per patrem feudum acqui-tum est quod patet. Ergò & per eundem id adimi poterit. Deinde pater delinquendo filiis præjudicat. *c. unic. si vasall. feud. priv. c. unic. in fin. quæ fuit prim. cauf. benef. amit.* Ergò multò magis per fa-vorabilem testandi modum id facere poterit. *arg. l. 1. C. de S[illegible] clef.* Non obstant argumenta contraria: Quod enim primo di-citur de ordinatione prohibita *ex c. unic. de success. feud.* interpreta-mur id procedere in feudo antiquo, propterea quod jura feu-dalia statuentia feudi alienationem successoribus non præjudi-care, loquuntur de antiquo. *c. unic. de alien. feud. pater.* In dispo-sitione autem voluntatis ultimæ est alienatio, ut sic quod in gene-re dicitur, per singulas ejusdem species procedere dignoscatur. Secundum etsi largiamur, nostræ tamen sententiæ non officit, quia jus illud quæsitum in spe saltem est, quod ejus, cujus facto acquisitum est, auferri potest. *arg. l. 3. ff. de serv. export. l. 1. C. si man-cip. ita fuer. alien.* Tertia objectio pertinet ad feudum antiquum, non novum: Et ut hoc addamus, dominum consentire præsup-ponimus, cujus cum saltem interesse versetur, stabit dispositio. Quartum oppositum loquitur de jure tali, quod extinguitur cum morte testantis. At feudum perdurat, & ex consensu domi-ni manet feudum. Quintæ objectionis resolutio dependet ex eo, quod agnati jure primi acquirentis veniat: Filii verò jure pa-tris: Illis ergò præjudicare non potest, his itidem. *arg. c. unic. si va-sall. feud. priv.*

VI.

Quæritur an vasallus disponere possit de eo feudo, quod datum est vasallo & hæredibus quibuscunque.

Negant plurimi: quia verba quantumvis generalia debent intelligi secundum subjectam materiam, & ad habiles restringi. *arg.*

arg l. 2. §. Prætor. ait. in verſ. qualecunq, junct. gloſſ. in verſ. facultatem. ff. qui ſatisdar. cogant l. tutor. §. pro ligus ff. d. jt rejur. l. ut gradatim. §. 1. de muner. & honor. Ignotum verò non eſt, ſi extraneis feudum relinquatur, eos ad feudi ſucceſſionem inhabiles eſſe. *c. unic. de ſucceſſ. feud.* Ergò verbum illud *quibuscunq,* reſtringẽdũ erit ad hæredes feudales. Verum hoc argumento non attento communis opinio aſſirmat, idque vi verborum generalium, quæ cum animum loquentis indicent. *l. 17. §. 2. ff. de ſupell. legat.* oſtendantque etiam ad quosvis hæredes reſpexiſſe contrahentes, ideò licitè de tali feudo teſtabitur vaſallus, & pro libitu illud, cui velit, uti jus teſtandi eſt, relinquet. Non obſtat argumentum oppoſitum; ſiquidem id intelligi debet, quando generalia verba à lege proferuntur; tunc enim ne leges legibus adverſentur, illa ſit interpretatio: ſecus autem, quoties ab homine proferuntur: tunc enim non militat eadem contradictionis ſibi ipſi factæ evitanda neceſſitas, quinimò homo ſolet & poteſt proviſioni legis derogare. *l. 29. C. de pact.* lex quidem derogare ſibi poteſt, ſed non tàm facilè præſumitur voluiſſe, niſi ſpecialiter voluntas appareat. *Jul. Clar. §. ſeudum. q. 9. Andr. Gail. 2. obſ. 154. n. 9.*

VII.

Quin & de feudo antiquo teſtari poterit, ſi dominus ejus teſtamentum ratum habuerit.

Nam, *ut ait Curt. p. 4. n. 127. de feud.* talis ratificatio trahitur retrò & mandato æquiparatur. *juxta l. final. C. ad SCtum Macedon.* quod tamen rectè exaudit *Martin. Laudens. in d. c. 1. §. donare.* quoad præjudicium domini ratificantis, non etiam agnatorum, quod in tantum procedere exiſtimò, ut nec Princeps in præjudicium agnatorum teſtamentum ſui vaſalli confirmare poſſit. Ut enim injurioſum eſt, indignumque majeſtate regnantis, privatorum diſpoſitionibus quicquam derogare, cum publicè expediat, ſuprema hominum judicia exitum habere. *l. 5. ff. quem adm. teſtam. aper. l. 1. C. de SS. Eccleſ.* Ita ne leges in privatorum teſtamentis locum habeant, permittere debet. *arg. l. nemo*

poteſt de legat.1.l.3. C. de teſtam. aut jus aliis quæſitum ad[illegible] facto alterius concedere.*l.id quod noſtrum de R.J.* quò ſpectat *quod* [illegible] *cin.2.conſil.164.reſpondit*, quod plenitudo poteſtatis extendi ad malum & injuriam aliorum non debeat: aliàs enim non poteſtatis, ſed tempeſtatis plenitudo eſſet. *Borchold.d.c.7.p.2 n.* [illegible] *de feud.Roſenth.c.7.concl.7. Mozz de natural 7.n.85.*

IIX.

Addidit ſuperioribus Bald. in Auth. rogati.C.ad SC. Trebell. Roland. à Vall. 1. conſil.2.n.33.& 3.conſil.10. num.30. *feudum Francum.*

Quod nulla ratione recipi poteſt Nam etſi feudum Francum in eo à propriâ naturâ feudi degeneret, quod pro eo ſervitia non præſtentur: tamen in aliis propriam feudi naturam retinet, per vulgatam regulam, quæ ita habet: quando feudum in uno aliquo capite alteratur, in capite alterato propriam feudi naturam amittit; in aliis verò capitibus non alteratis, propriam feudi naturam ſervat, & regulatur ſecundum omnes leges & conſuetudines feudi. *cap. unic. de feud. non habent. propr. feud. natur. Franc. Curt. p.1.q.6. de Feud. Zaſ. p.12. de feud. Hannet. 4. de Feud. uit. Jul. Clar. §. feudum. q.16. in fin. Roland. à Vall.1. conſil.2.n.135. & 3. conſil.50.n.115.* Diſpoſitio enim limitata, limitatum producit effectum *l. in agris. & ibid. Alber. de Roſat. ff. de acquir. rer. dom. cum ſimil. alleg per Tiraq. in tract. ceſſante cauſa.p.1.n.142.*

IX.

Extra hos ergò caſus ab inteſtato ſucceſſionis ratio feudali jure obtinet, cujus etſi quidem civili jure triplex ordo, nempè aſcendentium, deſcendentium & collateralium, reperitur NOV.118. *Jus tamen feudale aſcendentium ordine neglecto, ſolos deſcendentes & collate-*

ra-

rales admittit. c. unic. in pr. de natur. succeſſ. feud.

Ratio ex *Duar. c. 11. n. 10. de feud.* hæc eſt, quoniam cum antiquiſſimo jure in feudis nulla eſſet ſucceſſio, & rarius eveniret filios ante parentes ſuos decedere, & ad ſucceſſionem eorum; ita rarius parentes vocari, factum eſt, ut feuda, quoad aſcendentes, priſtinum ſuum ſtatum omnis ſucceſſionis expertem retinuerint. Quanquam nec ſequentes improbabiles ſint, videlicet eum, qui feudum accipit, ſibi & liberis, non etiam parentibus proſpicere. *Cujac. in tit. 1. Feudor. 1. Hottom. in c. 1. de nat. ſucceſſ. feud. in pr.* Deinde, quia feudum datur ob ſervitia: ad ſervitia verò ſervanda liberi indies magis idonei; parentes verò inidonei redduntur.

X.

Excipiuntur duo caſus: primus eſt, quando pater Feudum filii nomine refutavit, ut filius inveſtiretur: tunc enim filio, vivo patre, mortuo ſine liberis, feudum ad patrem revertitur.

Ratio eſt *apud Prapoſ. in c. unic. n. 2. de Vaſall. decrep. ætat.* quoniam hoc caſu pater non tanquam filii ſucceſſor, ſed primi adquirentis, & poſt ſuccedentium habetur. In Feudis quippe agnationem inſpicimus, & oculos ad ſtipitem communis agnationis dirigimus; à quo cum parens ſit, meritò Feudum obtinet: atque ita in Camera Imperiali pronunciatum eſſe, refert *Mynſing 3. obſ. 93.* Nec obſtat, quod pater Feudo renunciavit, quia hujusmodi renunciatio finitur morte filii, cujus cauſa erat facta, *l. jubemus & ibi notata per Bart. C. ad SC. Vellejan. l. pactum. ubi Bald. C. de collat. Prapoſ. d. loc. Hartman. Hartm. d. c. 47. Borchold. d. c. 7. p. 2. num. 9.*

Secundus caſus eſt, quando filius reſpectu

patris, ob benemerita patris, fuit investitus, tunc quoq; filio decedente sine herede masculo pater in feudo succedit.

Alvarott in c. unic n. 7. ibid. Matth. de Afflict. n. 2 de natur succes. feud. meritorum quippe ratione multa permittuntur, quæ alias vix permitterentur, *ut tradit prolixe Tiraquell. in l. unquam si unquam verb. donatione largitus n. 11. & seqq. C. de revocand. donat.*

XI.

De successione igitur descendentium & transversalium tantùm agemus. Illorum prior & potior causa est; l. 7. de bon. damn. l. scripto. Si tab. testam. null. extant. *Per descendentes autem non solùm filii filiæve, sed largo modo nepotes neptesvè intelliguntur.* l. liberorum. de V. S. *Horum alii rursus sunt naturales & legitimi simul; alii naturales tantum; alii legitimi tantum, alii deniq; legitimati.*

Et quidem jure Feudali, quin Naturales & Legitimi simul succedant, nullum dubium est. *c. unic. in pr. de success. fratr.* ac in eo concordat cum jure communi: in eo verò discrepat, quod liberorum nomine hîc solos filios & nepotes ex filiis, pronepotes ex nepote, ex filio, & sic deinceps; non etiam filias, aut nepotes, neptesvè ex filiabus, aut pronepotes, proneptesvè ex nepte, ex filia natos intelligimus. *c. unic. de success. fratr. c. unic. in pr. de natur. success. feud. c. unic. §. hoc autem notandum. de his qui feud. dar. poss. Mozz. de accid. feud. n. 6. Clar. in §. feudum. q. 73. Schneidew. p. 6. de success. feud. ab intest. Zas. p. 8. n. 36.* Ratio est, quoniam bellorum necessitas peperit feuda: bello autem gerendo fœminæ mi-

minus idoneæ sunt: tùm etiam quod publica honestas non patiatur, ut cœtui virorum se immisceant: *l. 1. depostuland.* ut omittatur, quod fragilia fœminarum sint consilia, quod lubrica vota, quibus adversus propria commoda labo ant. *l. 4. C. de sponsal.* & sæpè in perniciem substantiæ earum convertantur. *§. 1. quib. alien. lic. vel non.* Atqui, dices, hæ rationes cessant in filio nato ex fœmina, Respondeo: Dominus Feudum concedens singulari amore & favore prosequitur familiam vasalli accipientis, nihilque minus vult, quàm ut ad feudum perveniant, qui seorsim ab ea familia sunt. Fœmina autem nubendo suam claudit familiam, & in aliam transit, unde caput & finis familiæ dicitur. *l. pronunciatio de V. S* Et per consequens, non poterit ex ea natus filius admitti. *Hartman. Pistor. lib. 2. q. 34. n. 1. Wesemb. c. 6. n. 22. Vultej. d. c. 9, n. 26. & 27.* Deinde forma & origo, quæ ex radice ducitur, in quolibet derivato æqualiter reperitur. *l. in ratione. §. si filio. ibi: formam & originem. ff. ad l. Falcid. l. qui id quod. in pr. ff. de donat. l. tutor. de fidejuss.* Undè *Bald. consil. 389.* dicit, quod omne, quod derivatur, & transit per medium, sapit naturam radicis & medii, per quod transit. Constat autem in fœmina: tanquam forma & origine feudi successionem cessasse, & consequenter cessabit etiam in natis ex eo tanquam ex infecta radice. *c. 3. vers ex diverso. Nov. 118.*

XII.

Ac in tantum filia, itemq; nepotes ex filiâ, à feudi successione removentur, ut etiam tunc non admittantur, cum defuncto eo tenore feudum datum est, ut ejus descendentes masculi & fœminæ in eo succederent: extantibus enim filiis, filia, aut nepotes ex filiâ, non succedunt: c. unic. §. filia verò. de success. feud. Rol. à Vall. 1. consil. 68. num. 40. Et 2. con-

consil. 41. n. 4. *Et copulativa* ET, *quæ aliàs conjungit* l. unic. §. sin verò. C. de caduc. tollend. l. si mihi in pr. l. si duobus. l. si pluribus in pr. l. planè. §. si conjunctim. de legat. 1. *hic ordinem successivum significat, & verba copulat, non sensum.* Roland. à Vall. 3. consil. 58. n. 67. Borchold. c. 7. p. 2. n. 35.

XIII.

Quod eò usq; communiter extendunt, ut filia semel exclusa, semper exclusa censeatur.

Gravis hæc quæstio: Pro communi affirmativa faciunt 1. quia hæc feudi relictio est instar substitutiónis. Pater enim feudum relinquere videtur filio, ita ut illo mortuo ad filiam perveniat, quod patet ex formula investituræ: acquisivit enim pater feudum pro filio & filia, ita tamen, ut filio priores concedantur partes; secundæ filiæ. *c. unic. vers. filia de success. feud.* Atqui si filius momento vivat post patrem, qui gravatus est hæreditatis restitutione, excluditur substitutus fideicommissarius. *l. ex facto. §. penult. ff. ad SC. Trebell.* 2. Ubi quid sub conditione relinquitur, sufficit eam semel extitisse *l. in substitutione. in pr. l. ex facto. in fin de substit. l. si quis hæredem. C. de Instit. & substit.* In proposito autem casu filia ad feudum vocatur sub hac conditione, *si filius non extet.* Ergò eo extante expirat conditio. 3. Jus semel extinctum reviviscere non potest. *l. 3. §. si capite. de oper libert. l. in rem actio de R. V. l. item si ex eis. § arbor. de acquir. rer. domin. l. qui res. §. aliam de solut. l. qui liberatus. de adopt.* jus autem succedendi in fœminà per existentiam masculi semel extinctum est. 4. Quantum ad jus succedendi attinet, personæ ejus, de cujus successione agitur, consideratio habetur: mortuo itaque patre relicto filio, filius succedit in feudo, & illud dicitur paternum: Mortuo deinceps filio, superstite etiam alio ex se filio, primi investiti nepote, ille se-

secundus filius, id est, nepos non succedit avo, sed patri suo *per ea quæ diximus supra in quæst. de dispositione feudi novi.* Si ergò Titius eo tenore feudum accepit, ut ejus descendentes masculi & fœminæ illud post mortem ejus obtineant, & is decedat relicto filio Sempronio & filia Seja: Sempronius si semel ad feudum veniat, ideò non admittitur posteà Seja, mortuo Sempronio, quod jam non amplius de successione patris, sed fratris Sempronii agitur, quoniam per successionem Sempronii ejusdem factum est feudum. *arg. l. sed si plures. §. filio impuberi. de vulgar. substit.* Mutatione enim personæ, mutatur conditio rei. *l. per procuratorem. de acquir. hæred. 5.* fœminæ regulariter ad feudi successionẽ non admittuntur: excipitur inter alios ille casus, quo ex pacto vocatur. *d. c. unic. vers. filia de success. feud.* Sed pactum illud restringitur filiorum existentia in tantũ, ut iis extantibus fœminæ non admittantur. *d. cap. unic vers. filia.* in perpetuum scilicet, quia indistinctè loquitur, & textus nõ distinguens per distinctionẽ intelligi non debet *arg. l. de pretio. de publ. in rem act. 6.* Vocatus sub conditione negativa non admittitur, nisi prius contrariam conditionem, puta affirmativam adimpleri non posse constet. *l. quicquid adstringendæ de V. O. cum similibus allegatis à Molin. de primog. Hisp. lib. 3. c. 10 n. 16.* Quare cum tempore mortis primi acquisitoris, masculi supersint, interventu eorum affirmativa adimpleta dicitur & liquet negativam expirare, nec unquam illam conditionem, *ut filii non extent*, evenire posse; & ob id fœminas excludi. Cessante itaque vocatione, cessat quoque successio; ad quam deficiente illa, fœminæ in feudali disciplina aspirare nequeunt. *7.* contrariorum contraria est ratio. *l. 1. de his qui sunt sui vel alien. jur.* At si semel admissa sit, etiam masculis supervenientibus non excluditur. *Jul. Clar. in §. feudum. q. 80. in pr.* Ergò & semel exclusa, ut perpetuò exclusa maneat, necesse est, 8. quando ex existentia causæ alicui jus quæsitum est, is eo non est privandus, etiamsi causa defecerit. *l. post mortem. §. de bon. poss. contra tabb. l. non putarit. §. sed si post mortem. eod.* At dominus per existentiam masculi hoc jus acquisivit, ut jam masculinum sit feudum; eòque defuncto feudum ad eum reverti debeat: quapropter eo per fœminam privari non debet. 9. quod fortius ex favore consolidationis directi & utilis dominii evincitur; siquidem pactum tale favora-

bile dicitur *in l. Mevius. § fundo ff. de legat. 2. § sicuti. Instit. de legat.* nam per id res ad suam naturam revertitur, ad quam aliàs de facili tendit *l. si unius § pactus ne peteret de pact. 10.* & *ultimo* probari id putant textu satis expresso *in c. unic. vers. quin etiam. Episc. vel Abbat. &c.* ubi Feudista ait, quod fœminæ relicto masculo, *ulterius* non admittantur, non quidem suspensivè sed perpetuò, si cuti apparet *ex fine ejusdem tituli*: et his omnibus casibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur, *ait textus*: quod si ad dominum revertitur, *sicuti textus vult*, non sanè semel exclusa fœmina ad feudum aspirare poterit, idque evidenter satis arguit titulus præcedens, in quo agitur de iis modis, quibus feudum amittitur, eidemque subjicitur titulus noster, *Episcop. vel Abbat.* in quo similiter de modis iis, quibus feudum non subsistit, tractatur, hisque conclusionis loco subjicitur id, quod jam attigimus: *Et his omnibus casibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur.* Verum his tamen non obstantibus verior mihi illorum opinio videtur, qui fœminam mortuo masculo admittunt; Idque 1. ratione illa, quod provisio Vasalli feudum pro filiis & filiabus acquirentis haud dubiè in casum mortis ipsius facta sit, ut scilicet moriente ipso superstites liberi relicti feudi participes sint, & quidem illi, qui aliàs jure capaces feudi non sunt, ut filiæ: At si contrariam, eamque communem sequuti fuerimus, nunquam provisio hæc illum effectum consequi poterit: nisi filio nullo extante: cum tamen ex verbis constet, ipsum pro masculis & fœminis feudum acquisivisse, & eum maximè casum collimasse, quò post mortem ipsius & masculus & fœmina extarent. Nam masculo nullo extante planè inutilis, & supervacanea hæc erit quæstio; cum jam non pro masculis, sed fœminis saltem illud obtineat: cum tamen nos hîc conditionem spectemus, quæ in existentia masculorum fundata est, & extare dicimus, cum illi decesserint: quæ eadem ut sit, quemadmodum esse debet, omninò requiritur, ut masculis aliquis extet, quo deficiente fœmina succedet: aliàs enim conditioni tempus addimus, quod est contra naturam conditionis. 2. Deindè hæc sumenda est interpretatio ne diligens primi acquirentis provisio inanis reddatur: Ea autem hæc fuit, ut feudum ad hæredes deveniret, hoc est tàm fœminas, quàm masculos. Nam ut Feudista ait *in c. unic. de duob.*

fratr.

fratr. à capit. invest. unusquisque suis potius hæredibus, quàm extraneo pro spexisse censetur. 5. in exorbitantibus à jure communi hæc erit in feudis facienda interpretatio, ut quàm proxime ad æquitatem, & jus commune accedat. *arg. c. unic. vers. strenuus. de feud. cognit.* Hac autem interpretatione admissa, quin magis æquitatem ac jus commune sequamur constat. De hoc nemo dubitat: jus enim commune tàm fœminas quàm masculos admittit; de ea patet: quoniam aliàs naturæ accusatores existimus, cur non in totum masculos produxerit, ut non esset, unde provenirent, uti ex æquitatis visceribus argumentatur Justinianus *in l. maximum vitium. C. de lib. prater.* 4. In successione feudi ideò statutum est, quod masculi præferantur fœminis, propter favorem masculorum: quapropter mortuis masculis, tanquam cessante causa, ob quam privilegium prælationis inductum est, admitti debent fœminæ. *argum. l. planè. juncta l. sicut. de oper. libert. l. Titia §. usuras. de legat. 2. l. cum patronus. ff. eod.* 5. Id constat ex d. *c. unic. vers. filia. de success. feud.* ubi dicitur; quod filia non succedit *extantibus masculis.* Ergò si filii non extent, puta postquam feudum obtinuerunt, è vivis sublati sunt fœminæ admittendæ erunt, quia jam verum est, filios non extare: quodque vel ideo credendum tantò magis, quia *d. vers. filia* generaliter id tradit: neque distinguit, utrum filii post mortem patris non extiterint an verò, postquam feudum per eosdem obtentum sit, decesserint; quod insuper innuere videtur particula TUNC, quę aliàs limitare dispositionem ad casum expressum solet, & extremitatem temporis denotare. *Jason. in l. substitutionem. num. 8. de substitut.* Sicque ex ea intelligitur, non antè de successione fœminarum in ejusmodi casibus tractari posse, quàm masculi defuerint; aut non extiterint. 6. confirmatur hæc sententia *ex c. unic. ibi:* non patet locus fœminæ in feudi successione, DONEC superest masculus ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus. *de eo, qui sibi vel hæredib. suis. &c.* Dictio enim DONEC, non perpetuò excludit, sed temporaliter, & contemplatione certarum personarum, ut & similes; *quandiu dum, quoad, usque quo,* significantes limitationem temporis. *Ruin. consil. 42. num. 6. volum. 2.* asserens prælibatas dictiones principaliter denotare tempus, secundariò conditionem: non

igitur fœmina semel exclusa omninò exclusa putatur, sed potius temporaliter. Nec audiendus hìc *Ferrar. Montan. lib. 1. de feud. c. 8.* qui dictionem DONEC secundum Hebræam phrasin interpretari conatur; ut *1. Matth. vers. 25.* & non cognoscebat eam, donec perperit filium suum primogenitum, *& c. 5.* non exies indè, donec reddas novissimum quadrantem; siquidem compilatores feudorum vix usitatam tunc inter doctos latinam linguam, nedùm Hebræam noverant. *Hag. p. 1 q. 20. n. 15. 7.* Si ex doctorum sententia filiam excludimus extante filio, removemus eam, cum minimè omnium vocata est; siquidem in eum casum ad feudum saltem vocatur, quo filius non extat *d. c. unic. vers. filia. c unic. de feud. fœmin.* Ergò excludi eo in casu non debet, cum filius adest; Exclusio quippè dici non potest, nisi præcedat inclusio, quæ & fiat eo tempore, quo successio defertur. *argum. l. qui superstitis. de acquir. hæredit.* prout & repudiari hæreditas non potest, quæ nondum delata est, & renunciari futuræ successioni ne quidem expresso pacto potest. *l. 1. §. 2. de success. Edict. l. ultim. de suis & legit. 8.* Unum & idem tempus non potest operari effectum circa duos actus, quorum unus successivè venit ad alium. *l. quandiu. de acquir. hæred.* At in casu nostro fœminæ non vocantur, nisi masculis deficientibus & ordine successivo, ut præcedat masculus, subsequatur suo tempore fœmina: Igitur vivo masculo de jure fœminarum tollendo quæstio institui nequit, sed demum remoto masculo, ut qui primo loco obstabat, & cui jus prælationis in successione feudi competebat. 9. non ignoti juris est, ubicunque pluribus à lege vel statuto aliquid ea conditione defertur, ut aliquis eorum cæteris præferatur, nequaquam admitti posteriores, donec iis, qui priores sunt in gradu, adfuerint, iisque cessantibus vel deficientibus proximiores in ordine succedere *l. si filius. §. cum filius. de bon. libert. l. si plures. de jur. delib. l. cum ita. §. in fideicommiss. de legat. 2.* In præsenti autem masculi sunt ordine potiores; quapropter admitti non poterint fœminæ tanquam posteriores; sed ut admittantur, necessum prius moriantur masculi, & fiat successioni earundem locus. 10. In dubiis hæc est interpretatio accipienda, ut potius feudum apud acquirentis sobolem, quam dominum maneat. *c. unic. vers. unusquisq. de duob. frat. à capit. invest.* talis autem hæc

nostra

nostra est. ergò. Quibus ita positis refelli, quæ in partem alteram allata sunt, debent: quapropter quod prima in acie constitutum fuit, vice substitutionis feudum fœminæ deferri falsū est: non enim masculo substituta est, sed pariter cum illo vocata, ordine licet successivo, quod substitutioni contrarium est, quæ non vocat substitutum extante hærede, sed protinus excludit *d. l. ex facto. § penult. ad SC. Trebell.* Quod secundo opponitur sufficere semel conditionem extare, inque casu proposito fœminam ad feudum vocari sub hac conditione, *si filius non extet.* Ergò eo extante conditionem expirare. Id si penitius inspiciatur, nostram confirmat sententiam. Ut enim id arripiamus, sub conditione hac relictum esse feudum, *si filius non extet*, Utique jam ad feudum admitti fœmina debet, si moriatur Vasallus: nec stringit id, quod dicitur; sufficere conditionem semel extare; id enim suo modo, & in terminis substitutionis verum est, non tamen procedit, ubi conditio est talis, quæ semper durat, qualis hæc nostra est. Quod tertiò dicebatur; jus semel extinctum reviviscere non posse, & in persona fœminæ per existentiam masculi extinctum esse: continet petitionem principii. Id enim est, quod nos quærimus, an per existentiam masculi jus fœminæ sit extinctum, quod quidem nos negamus, suspensumq; fatemur propter masculos, & non extinctum esse asserimus. In quarta objectione asseritur, fratri, non patri succedi, quod falsum est, si respiciamus ad provisionem patris, qui tàm filiæ, quàm masculo feudum obtingere voluit, sicuti id videre est in feudo antiquo, in quo succeditur semper primo acquirenti; exque ejusdem persona jus metimur. Quintò opponebatur *c. unic. vers. filia de success. feud.* ubi dicitur quod filia non succedat filiis extantibus, quod quidem nos concedimus, dummodò jam à contrario sensu argumentari nobis liceat. Ergò filiis non extantibus filia admitti debet, ut scilicet sit non perpetua, sed temporalis exclusio, quæ morte filii finiatur: sicuti in 5. fundamento opinionis nostræ latius diximus. Sexta objectio coincidit cum secunda: nec enim conditio affirmativa adimpleta censetur per existentiam masculi, ut propterea fœmina exclusa sit, sed necessum est hanc conditionem perpetuam intelligamus, quæque obtinere possit, quandocunque masculus moriatur. Septima oppositio duceba-

tur ex eo, quod contrariorum contraria sit ratio: Fœmina autem semel admissa ad successionem feudi, propter existentiam masculorum non excluditur. Cujus rei exemplum proponit *d. loco Clar.* Ergò quoque admitti non debet, si semel exclusa sit, licet masculus moriatur. Verum respondendum erit, diversam casus utriusque rationem esse; priore quippe feudo privari non debet, quoniam illud jure obtinet, posteriore verò excludi nō debet; quia cum masculo vocata est. Deinde, si casus utriusq; idētitas servatur, admitti argumentum potest. Ut enim priore casu fœmina vivente non admittitur masculus; ita & posteriore vivente masculo excluditur fœmina: utroq; verò in casu mortuo possessore admittitur exclusus. Octavum argumentum vult, per existentiam masculi jus tale quæsitum domino esse, quod per fœminas ei auferri non potest. Verum & in hoc argumento committitur principii petitio. Id enim in quæstione est, an per existentiam masculi domino tale acquisitum jus censeri debeat, per quod ejus quàm fœminæ potioris partes existimari debeant. Undè & noni argumenti vis infringitur: quamvis enim consolidatio directi & utilis dominii sit favorabilis, id tamē sic intelligi debet, ne jus lædatur alterius, quod in proposito contingeret: irrita quippè fieret primi acquirentis provisio, & ex eadem resultans filiæque acquisitum jus tolleretur. 10. & ultimò opponitur *c unic. vers quin etiam. Episcop. vel Abbatiß. &c.* ubi feudista ait; quod fœminæ, relicto masculo, ulterius non admittantur, quod non suspensivè, sed perpetuo intelligendum esse, evincunt ex eo quod protinus *in fine ejusdem tituli* subjiciatur. *Et his omnibus casibus feudum amittitur. & ad dominum revertitur.* Verum illo loco penitus aut in perpetuum fœmina non excluditur, sed vivente masculo admitti nō potest, cum præsertim omnis dispositio intelligatur de præsenti tempore; & qualitas adjecta verbo, secundum tempus verbi interpretationem recipit, insolensque esset valdè, ea quæ in præsens fiunt, in ulterius tempus tanto cum præjudicio partis innocentis producere. *l. si ita. 7. de aur. & arg. legat.* quod hîc tantò dicendum magis, quia *Feudista* non verbis futurum, sed præsens tempus denotantibus utitur: ait enim ulterius, *fœminæ non admittuntur*, quod si perpetuam exclusionem respexisset, eadem facilitate dixisset, *non admittentur.*

Deinde communis *Dd.* est theorica, quod ubi de varia inteepretatione loci agitur, is planè ad decisionem controversiæ allegari non debeat, ne scilicet incerta per æquè incerta, aut etiam incertiora cõfirmemus. *Vant. de Nullit. ex defect process. n. 119.* Oppositum verò ca pitulum plures interpretationes patitur, sicuti constat ex *Mart. Laudens.* qui quinque intellectus refert. Quod verò ultima verba ejusdem tituli attinet, restringimus ad casus eos, quibus scilicet juris ratione feudum ad dominum reverti potest nostro autem in casu obstante provisione primi acquirentis & juris ratione non potest.

XIV.

Succedunt tamen rectè fœminæ, si loci consuetudine id receptum sit.

Dec. consil. 449. n. 19. & 20. Zas. p. 8. n. 42. Wesenb. t. 6. n. 22. Schneid. p. 7. c. 4. n. 77. Cùm enim feuda per consuetudinem introducta fuerint, debent etiam à consuetudine regulari. *Jul. Clar. in §. feudum. q. 47. n. 9. Borch. d. c. 7. p. 2. n. 64.*

XV.

Quod idem an induci possit speciali alicujus familiæ consuetudine?

Vide quos allegat *Vultej. d. c. 9. n. 48.*

XVI.

De feudo emptitio major est Dd. nostrorum disceptatio; quibusdam fœminam in eo ex sui natura succedere affirmantibus.

Ut Jason. *in l. 1. num. 51. C. de jur. Emphyt.* Roman. *consil. 367. num. 12. vers. fallit. quarto.* & communem esse respondit Gribald. *in thesaur. comm. opin. lit. F. in verb. in feudo. empto.* Gabriel. *lib. 3.*

lib. 3. conclus. sub tit. de feud. conclus. 2. in pr. Clar. *d. q. 63. n. 6.* & in Camera Imperiali sic pronunciatum refert Geil. *2. observ. 159. n. 5.* Ratio est; quia feudum emptum habetur loco bonorum allodialium quorum non minus capaces sunt fœminæ, quàm mares. *Tiber. Decian. 2. consil. 58. n. 50.* Plurimis per contrarium, & quidem rectiùs, id negantibus. Zas. *p. 8. n. 37. & p. 12. num. 21.* Hartman. Pistor. *q. 38. n. 45.* Hannet. *lib. 2. Feudor. 8.* Wurmser. *pract. observ. tit. de feud. observ. 17.* Sonsbec. *p. 9. n. 121.* Borchold. *d. c. 7. n. 65.* & magis communem, & veram dicit Kierhov. *in thesaur. comm. opin. lit. F. verb. in feudo emptitio:* & in Camera pronunciatum ita esse scribit Mynsing. *5. observ. 73. n. 4.* Ratio est quia generaliter traditum est, fœminas in feudis non succedere: nec exceptum reperitur feudum emptum. Ergò,

XVII.

An etiam in feudo ligio succedant fœminæ?

Affirmant Cutr. Jun. *p. 1. q. 8. n. 26.* Martin. *tit. 11. n. 24.* & alii, quos allegat Borchold. *d. loc.* Vultej. *d. c. 9. n. 43.* Negat. Schrad. *p. 7. c. 4. n. 9.* Borch. *d. loc.* Vultej. *ibid.*

XIIX.

An in feudo franco?

Affirmat. *Tit extraordinarius 104.* Roman. *sing. 1. 80. ubi additionator Nicol. Pignolat. plures allegat.* Cujac *in c. unic. §. quin etiam. Episcop. vel Abbat.* Decian. *2. consil. 58. n. 39* Hartm. Pistor *q. 24.* Negant multi: & inter eos Panorm. *c. 10. n. 7.* Hannett. *2. Feud 8.* Fr. Curt. *3. part. n. 5.* quos allegat Borchold. *c. 7. n. 68.* Schrad. *d. p. 7. c. 4. n. 11.* Rationes eorum habet Vultej. *d. c. 9. n. 41.*

XIX.

videamus utrùm fœminæ succedant in feudo, quando feudum est fœmineum, sive muliebre, id est, quando mulier primùm de feudo fuit investita?

Affir-

Affirmat *c.4. ibi*: nisi ex pacto vel nisi fœmineum lit. *de natur. success. feud. c.1. de success. fratr. Wesenb. c.6. n.22. Duar. c.10. n.14. Borch. c.7. n.96. Vultej. c.9. n.40. ubi contraria argumenta affert* & eorum sequaces.

XX.

Addunt superioribus nostri: mortuo patre sine filiis fœminam succedere, si fœmina feudum redimat, vel dominus, cui morte Vasalli feudum apertum est, fœminam ex peculiari gratia investiat.

c.1. quemad. feud. ad fil. pertineat. Borch. d. c.7. n.72. Schrad. c.4. n.49. quanquam *ut ad d. c. ait Cujac.* redemptione potiùs id habeat filia, quàm successione. *sequitur. Vultej. d. c.9. n.46.*

XXI.

Filii verò naturales & legitimi simul æqualiter succedunt, & feudum inter se, sicut bona allodialia, in capita pro numero personarum dividunt.

c. unic. §. & quia vidimus. de his qui feud. dar. poss. c. unic. de success. feud. Henning. Gœden. *consil. 6. n.11.* Borchold. *c.7. p.2. n.40.* nec refert, illi sint in patria potestate constituti, an verò emancipati. *Fr. Curt. p.2. in 2. membr. n. 2. Mozz. de substitut. feud. n.68. Schrader. p.7. c.5. n.11. cum ibi allegat.* Ratio dubitandi *apud Sonsbec p.9. n.59.* est, quia per emancipationem desinit esse agnatus, & manet saltem cognatus, qui ad feudi successionem non admittitur. *2. Feudor. 11.* Ratio decidendi est *apud Vultej. d. c.9. n.89.* sivè ex eodem matrimonio procreati fuerint, sive ex diversis. Cum enim utrobique par sit ratio, *ut ait socer meus D. Virgil. Pingitzer. consil. 6. n.7.* & eadem causa formalis vocationis, utriusque scilicet agnatio, quæ per patrem tantum contrahitur, atque indè nomen, familiam, arma, & insignia, ac cætera jura cōsanguineus,

Nnnn non

non minus quàm germanus à patre re[illegible] utrique non immediatè etiam utrumque ſequitur idem effectus cad[illegible] *per text. iunct. gloſſ. in verb. reddi. l. à Titio* [illegible] ſive inſtituti, ſive præteriti, ſive etiam exhæredati [illegible] rùm refert. *Schrader. d. c. 5. n. 12. Zaſ. p. 8. n. 7. Weſenb. c. 6. n. 9. Vultej. d. c. 9. n. 96.*

XXII.

Quod ſi cum filiis reliquerit defunctus præmortui filii nepotes, illi proinde cum patruis admittuntur, ac ſi parens viveret.

c. unic. de ſucceſſ. feud. Roland. à Vall. 1. conſil. 68. n. 22. [illegible] *Borch. d. c. 7. p. 2. n. 46.* quod & verum eſt, ſi nepotes ſoli [illegible] filius exiſtant. Hi enim perinde, ut ipſorum parentes, [illegible] pes, non etiam in capita ſuccedunt. *Bald. in l. 2. n. 4. C.* [illegible] *git. Borchold. d. loc. n. 46.*

XXIII.

Naturales autem liberi, ſivè illi ſint ex concubina domi nati, ſive ſpurii, qui & vulgò concepti, ſive adulterini, aut inceſtuoſi, nullo modo in feudis ſuccedunt.

c. naturales. ſi de feud. defunct. cont. ſit. int. dom. &c. cùm quod honeſtè in curia domini ſtare non poſſunt; tùm quoniam patrem jure demonſtrare non poſſunt. *l. vulgò quaſiti. de ſtat.* [illegible] *§. vulgo. de ſucceſſ. cognat. Clar. in §. feudum. q. 82. n. 1. Weſenb. c. 6.* [illegible] *Schrader. d. c. 5. n. 20. cum ibi allegat. Vultej. d. c. 9. n. 91.*

XXIV.

Legitimorum tantùm, qui & adoptivi dicuntur, nulla jure feudali ſucceſſio eſt.

2. Feud. 26. §. adoptivus. Rationem hanc reddit C[illegible] quoniam feuda dantur ſanguini, adoptio autem jus ſanguinis non adfert *l. qui in adoptione. ff. de adopt.* Et verò [illegible] hoc ita conſtitu-

tum esset, facilè fieri potuisset, ut domino feudi etiam invito, Vasallus ex aliena familiâ solius Vasalli voluntate adsciscei etur, quod fieri non debere textus innuit *in c. 1 in fin. de fratrib. de nov. benef. invest. Vultej. d. c. 9. n. 90. de feud.*

XXV.

Legitimati verò, ut non ejusdem generis, sic nec ejusdem juris sunt. Legitimati enim per oblationem curiæ, quia jus suitatis tantum consequuntur, non etiam jus agnationis, soli patri, non etiam agnatis in feudis succedunt. Borchold. d. c. 7. n. 53. *quod nostri restringunt ad feudum à patre adquisitum, post legitimationem factam.* Sonsbecc. p. 9. n. 66. Vultej. d. c. 9. num. 93. *Per rescriptum verò Principis legitimati in feudis non succedunt, nisi nominatim ad feuda sint legitimati.* Mysing. 5. observ. 42. Geil. 2. observat. 142. n. 12. *De legitimatis autem per subsequens matrimonium magna Feudistarum est controversia, an ipsi in feudis succedant?*

Et sunt, qui eos feudi successione excludunt. 1. quia verba semper verè & naturaliter, non autem civiliter, sivè per fictionem sunt accipienda. *l. final. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Et propria verborum significatio, & natura spectanda est. *l. non aliter de legat. 3.* Atqui verè & propriè legitimatus non

est legitime natus, sed per fictionem saltem talis est, & consequenter ad feudum id, quod legitimè natis acquisitum est, admitti nequit. 2. Feuda non à parentibus, sed à dominis directis proficiscuntur: atque ideò absurdum videtur, legitimatum ad feudalia beneficia, quæ aliunde, quàm à parentibus profecta sunt, admitti debere. 3. Conditio voluntatis debet adimpleri in forma specifica, & non per æquipollens. *l. Mævius. l. qui heredi. ubi Dd. de condit. & demonstr.* Quapropter licet legitimatus per subsequens matrimonium æquipolleat vero & legitimo, tamen cum præcisè in investituris legitimè natis relictum sit feudum: legitimatus autem tempore nativitatis legitimus non fuerit, per eum conditio illa non adimplebitur. 4. verba illa, *legitime nati*, respiciunt principium geniture. quod principium intelligitur conceptionis vel nativitatis, prout apparet *l. Imperator. C. de natur. liber.* Atqui legitimatus neque tempore conceptionis, neque nativitatis fuit legitimus. Ergò. 5. Ordo naturæ est, ut causa præcedat, effectus subsequatur *l. [illegible]bus. §. prius de vulgar. & pupillar. substitut.* Atqui legitimè natum esse effectus est, qui matrimonium subsequitur, ergo matrimonium existat prius, tanquàm causa necesse est: Legitimatus autem ante matrimonium natus est, ut sic non legitimè natus, sed ex post facto talis factus dici debeat, & ideo nunquam legitimè natus succedere non potest. 6. tàm dominus concedens, quam Vasallus acquirens feudum, videntur maximè respexisse ad honorem & dignitatem familiæ, neque connivere voluisse in aliquod dedecus. *l. non tantum. §. si emancipatus de bonor. possess. contr. tab.* Honor autem & familiæ dignitas lædi videtur per legitimatum, quippè cicatrix semper manet, neque unquàm veritas fictione adumbrari poterit. 7. Id probare videtur textus expressus in *c. naturales. si de feud. defunct. cont sit.* Ex quo sic arguitur; quod de genere negatur, id per omnes ejusdem species negatum censeri debet. Atqui in genere negatur. *d. c. naturales* quod neque soli, neque cum aliis legitimati admittantur: Et consequenter per omnes legitimationis species, hoc est, sive per subsequens matrimonium, sive per rescriptum Principis legitimati sint, intelligi debet. Per contrarium sunt, qui eos ad feudi successionem admittant. 1. quia legitimatus

gitimatus per subsequens matrimonium legitimus nedum patri, sed omnibus ascendentibus, agnatis, cognatis & propinquis est. *c. reliqui. 8. in Nov. 89* & nihil à legitimis differt. *c. illud. tamen. 9. vers. sit igitur licentia. de Nov. 89.* Easdem successiones habet, quas legitimus. *d. c. reliqui. 2.* Effectum rei ubi habemus, non curatur de mediis ad eam ducentibus. *argum. l. Insulam. 6. de praescript. verb. l. ubi ità donatur. ff. de donat. caus. mort.* At in casu proposito, effectum rei scilicet legitimitatem habemus, quod negari nequit, abundeque probat *d. n. 89.* etiamsi media non sint uniformia: quae non attendimus. Et per consequens tàm legitimati, quàm legitimi succedent, quoniam inter eos nullum est discrimen, nisi respectu mediorum: Hi enim sunt ex nativitate tales, illi verò per legem. 3. cessante causa cessat effectus. Causa autem, quae naturalem arcet successione feudi est illegitima nativitas: Ea autem tollitur per subsequens matrimonium. *c. tanta. qui filii sunt legit.* & consequenter ejusdem effectus cessare debet 4. Filius natus antè dignitatem Senatoriam, nihilominus filius Senatoris dicitur. *l. 5. ff. de Senator.* Similiter filius natus antè legitimum matrimonium, filius ejus erit, qui postmodum contraxit cum matre ejusdem matrimonium, si filius est. Ergò non potest non succedere, *l. in suis de liber. & posthum.* ut qui omnia requisita legitimorum & naturalium simul habet, & nuptias videlicet, patrem certum, in cujus sit potestate. *c. final. vers. sed quoniam Nov. 18.* absurdumque foret, nobilis & divitis Vasalli filium in vita vocari & haberi, post mortem verò ejusdem feudo excludi, vitamque per egestatem trahere. 5. Nemo potest pro parte legitimus, pro parte illegitimus esse, sicut dicitur de eo, qui pro parte liber, & pro parte servus judicatus est. *in l. duobus ff. de liberal. caus.* Id autem legitimato nostro contingeret, quia pro ea parte legitimus esset, quà filius, quà in potestate patris est: non quidem reclamante feudali jure, quo legitimus appellatur *in d. c. naturales.* pro ea verò parte, quà successio filiis obtingit, illegitimus esset, quo quid absurdius? 6. Habilitas succedendi inspicitur tempore delatae successionis *l. intercidit. 59. ff. de condit. & demonstr. l. si quis cum haberet. de suis & legit. hered. l. 1. §. si quis proximior. ff. und. cognat.* Ea autem in

feudis est legitimitas, quæ penes legitimatum tempore successionis est; ut sic non referat, licet ante delatam successionem eam non habuerit. 7. Aliquē legitimum vel illegitimum esse, juris est; quia à natura distinctio hæc non introducitur. *c. illud 9. Nov. 89.* quando autem lex circa ea disponit, quæ sunt juris, veritatem inducit, ut eleganter docet *Bartol. ad l. si is, qui pro emptore, n. 29 de usucap.* Et in nostris terminis satis indicat *Nov. 89. Quibus modis naturales efficiantur sui*; quæ verba non fictionem, sed veritatem important. Quapropter si verè legitimus sit legitimatus, à successione feudi excludi non poterit. Et quia hæc opinio Cameræ imperialis præjudicio confirmata est, *Mynsing. 5. observat. 42.* & æquitati magis consentanea sit, ea amplectenda erit. Neque ab ea nos dimovebunt argumenta contraria. Nam quod primo opponitur, resolvimus ex argumento nostræ opinionis ultimo; non fictè, sed verè legitimatum pro legitimo haberi, siquidem nuptiæ verè & realiter intercedentes, fictæ dici non possunt, sed sua præsentia reddunt, quod earum defectus abstulerat. Ad secundum respondemus, nec invito domino feudum ad legitimatum devolvi: dedit enim is feudum Vasallo; & legitimè ex ipso natis: Legitimatus autem propter subsequens matrimonium legitimè, hoc est, juxta leges ex ipso natus est, siquidem illæ in tantum comprobant legitimatos, ut nullam differentiam inter eos & legitimos admittant. *d. c. illud tamen. 9. vers. sit igitur licentia. Nov. 89.* De tertia objectione ita statuimus: in forma specifica conditioni, sub qua feudum datum est, satisfieri, si legitimatus extet, cúmque non tam vero & legitimo æquipollere, quàm legitimum esse. Quod quartum attinet, non diffitemur, si factum ipsum per se respiciamus, principium conceptionis vel nativitatis non fuisse legitimum; At effectum eidem à jure tributum si consideremus, perindè est habeturque pro eo legitimatus, ac si natus fuisset; non quidem per fictionem, sed per veritatem juris. Quo ipso concidit objectio quinta; per fictionem enim retrotrahitur legitimatio ad tempus nativitatis; ita ut indè vetus hîc sequatur, legitimatum pro legitimo reputari. Sextum argumentum plus concludit, quàm debet: nec enim cicatrix vulneris

Ea-

sanato tanti momenti est, ut propterea legitimato jure divino, Canonico & Civili *Schurff. consil.5. cent 2.* successio debita præripi debeat. Quod denique *c. naturales* &c. nec. parum obest, si penitius excutiatur, siquidem in eo quæritur an naturales postea legitimi facti ad feudi successionem admittantur: quod negatur; & rectè. Huic enim quæstioni tum demum locus est, quando successio defertur naturali, quod contingit mortuo Vasallo patre, *c. unic. in pr. de success. feud.* ut sic apertè constet, Feudistam loqui de tali legitimato, qui mortuo demum patre legitimus fit: nam post mortem ejus quæritur primùm de successione feudi: quod enim adhuc possidetur à patre feudum, de ejus successione non rectè quæritur. Naturalis autem post mortem patris per subsequens matrimonium legitimari nequit. Ut enim mors omnia solvit, ita vel maximè dirimit votum contrahendi matrimonii, ita ut luce meridiana clarius appareat, *d. capit.* non de legitimato per subsequens matrimonium, sed per rescriptum Principis, *juxta c. si verò. Nov. 89.* intelligi debere.

XXVI.

Et hæc quidem, quæ de liberorum successione diximus, procedunt tùm demum, cum illis non obstat qualitas aliqua, quæ à successione illos repellat.

Ut si nati sint ex ea uxore, cum qua matrimonium sub tali conditione contractum est, ne filii ex ea procreati succederent, *c. unic. §. filii. d. t. 26. lib. 2.* qui textus rectè à *Cujac.* negativè legitur, In Feudo Non Succedunt, ut præter contextum probat *tit. 2. lib. 2. Feud.* vel si parens eorum, sine debita solemnitate feudum obtinuerit, ut est casus *in c. unic. quib. mod. feud. constit. pot.* vel si Clericatum adsumserint. *c. unic. §. ex hoc illud descendit: de feud. fæmin.* Nam qui factus est miles Christi, seculi esse desinit. *c. unic. de Vasall. milit. qui arm. bell.* Vel furiosi, mente capti, aut aliàs imperfecti sunt. *Vide supra disput. 3. thes. ultim.* de quibus celebris extat antinomia inter *tit. 36. lib. 2. Feudor. & tit. 6. in fin. lib.* quam sic compono: vel tales nati sunt, & nulla

erit

e[illegible] successio; vel ex accidenti facti, & omnino successionis de-
cunt capaces. Utrumque casum explicat *d.t.36.lib.2 pri[illegible] se-*
eo d t.6. vide *Hartm Pistor.q.32.Zas.p.8.n.6[illegible]. Borchold.d.[illegible]*
Vultej.d.c.9.n.64.

XXVII.

Deficientibus autem descendentibus collaterales ad feudi successionem vocantur. c. unic. de natur. success. feud. c. unic. de success. fratr. *Sunt autem illi in duplici discrimine: vel enim sunt agnati, vel cognati: Soli agnati, ut fratres consanguinei: non cognati, ut fratres uterini succedunt.* c. unic. vers. adgnatos. de success. fratr.

Nam dominus, qui dat feudum, eligit sanguinem, familiam, stirpem generosam & fortem aliquam, nihilque minus vult, quam ut ad feudum invitentur, qui seorsim ab ea familia nascuntur; Eadem mens: & cogitatio domini facit ut agnati vocentur, non agnatæ: filii, non filiæ, quia mares certiorem generositatis fidem habent.

XXIIX.

Nec tamen illi ad successionem cujusvis feudi admittuntur, sed solius paterni, sive antiqui.

c. unic. vers si duo fratres. de feud. March. Qui enim feudum novum acquirit, sibi & suis hæredibus prospicere censetur *c. unic. de duob fratr. à capit. invest.* inter quos agnati referri non possunt. *Si. sui autem. Inst. de hæred. qualit & differ.*

XXIX.

Quod si plures gradu diversi existant,

ibi

illi qui priorem locum obtinent, ut sunt fratres, aut cum illis præ defunctorum liberi in stirpes succedunt.

c. unic. vers. hi verò. de successſ. fratr. Zaſ. p. 8. n. 18. My ſing. 3. observ. 94. Theſaur. deciſ. 162. post quos admittuntur alii gradu proximiores. *c. unic. de successſ. feud.* Proximitatem autem intelligimus respectu vasalli defuncti, non respectu ejus qui feudum primus acquisivit. *Rol. à Vall. conſil. 100. vol. 1. n. 20. Borch. d. c. 7. n. 84. vide th. 31.*

XXX.

Quæritur, si soli fratrum liberi extent, utrum defuncto patruo in capita, an verò in stirpes succedant?

Et sunt, qui posterius verius esse contendant. 1. quia jus repræsentationis se in infinitum extendit *Novell. 118. cap. 1. vers. sic tamen.* Extendet itaque & id se ad hos nepotes; quod si verum est, eosq; præsentationis jure venire concedamus, non plus ferent, quàm illi, quos repræsentant. 2. utuntur argumento *Justiniani in §. cum filius filiave. de hæredit. quæ ab inteſt. deſer.* æquum est, *inquit*, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. 3. arguunt *ex d. Nov. 118. §. si defunctus, ubi dicitur*: quod fratres & fratrum filii in hæreditate patrui succedant in stirpes. 4. Ex *eadem Novell. c. 3. in fin.* sic insurgunt: ibi constituitur, quod successio in capita post fratres demum, & fratrum liberos admittatur. Ergò quàdiu vel fratrum liberi extant, non in capita, sed stirpes succeditur. 5. Si succederent in capita, dividenda etiam inter ipsos nepotes esset pro personarum numero hæreditas, ad quam cum patruis admittuntur: licet enim ad successionem in stirpes veniant, inter eos tamen privilegio non uterentur, ut in simili traditur *in l. qui complures. 32. de vulg. & pupill. substit.* quod tamen falsum est: quia quisque eorum eam saltem consequitur partem, quam parentes eorum, si vixissent, consequuti fuissent *cap. 3. Novell. 118. vers. si autem defuncto.* 6. Probat hanc opinionem *Tiraquell. de retr. lig. §. 11. gloſſ. 12. n. 6.* exemplo à natura sumpto: si truncus arboris

duos ramos æquales emiserit, *ait*; unus autem eorum in duos alios divisus sit, ut plerunq; fit an singuli [illegible] duo ex uno producti tantum excipient alimenti succiq; ex eo trunco, ac ille alter [illegible] sanè videmus, hunc multò crassiorem, ampliorem, & obesiorem atque etiam longiorem procedere quam singulos illos duos: ita ut natura legis magistra moneamur, singulos nepotes, qui ex uno fratre prodierunt, non tantum debere percipere à patruo, quantum unus ex alio. Verum his non obstantibus de jure contraria sententia verior est; 1. quia in successione [illegible] tempus delatæ hæreditatis, *l. intercidit. 59. de condit. & demonstr. l. si quis cum haberet. de suis & legit. hæred.* Tempore autem delatæ hæreditatis soli extant nepotes & quidem gradu pares. Ergò pariter quoque ad hæreditatem patrui admitti debent. *l. [illegible] § hæc hæreditas de suis & legit.* 2. Si in stirpes divideretur hæreditas, fieret hoc propter patres quem nepotes repræsentant: Atqui parens tempore successionis è vivis abiit & consequenter eum repræsentare, ejus successionis intuitu quam nunquam habuit, non possunt: noti quippè juris est, hæreditatem non delatam non transmitti ad hæredes. *l. si ex pluribus. in pr. de suis & legit. l. quoniam sororem. C. de jur. delib. l. si infanti. vers. sin vero. C. eod. l. uni. §. in novissimo. C. de caduc. tollend.* 3. ubicunque dispositio potest sortiri effectum jure communi, non debet sustineri ex jure privilegiato & speciali. *l. quanquam. C. de testam. milit. l. quedam. in pr. ff. de Edend. l. in causæ. de minor. l. in provinciali. de oper. [illegible] nunc. l. inquilino. de damn. infect. l. si quidem. de præd. minor.* At in proposito, si in stirpes succedere nepotes concederemus, fieret id privilegio speciali, *uti constat ex d. c. 3. vers. hujusmodi verò privilegium. de Nov. 118.* Sin verò in capita, jure id communi, quia illo inter eos, qui pari gradu distant, pariter æqualiterque dividenda est hæreditas. *l. 2. §. hæc hæreditas. de suis & legit.* 4. Successio omnis potius secundum veritatem quàm fictionem accipi debet. *l. final. C. de his, qui veniam ætat. impetr.* At si in locum parentum succedere nepotes dicamus, fit id per fictionem siquidem eos jam in secundo gradu constituimus, cum verè in tertio gradu existant. 5. Denique quod correctum non est, cur [illegible] prohiberetur. *l. sancimus. C. de testam. l. præcipimus. in fin. C. de app[illegible] l. [illegible]tiens ff. de O. & A.* neque enim lex nova censetur derogare anti-

quæ,

quæ, etiam cum clausula non obstante, sed potius nova restringitur & limitatur ab antiqua. *l. sed & posteriores de legib.* jure autem veteri in capita admissi sunt nepotes *l. 1. §. in:erdum. ff. si pars hæred. pet l 2. §. hac hæreditas de suis & legit. l. penult. C. de legit hæred.* Ergò necdum hodiè in stirpes admitti debent, cum illud jure nullo introductum reperiatur. Quod enim repræsentationis jus generale esse contrasentientes *ex d. Nov. 118.* contendant, nos minimè negamus, iis scilicet in terminis, quando nepotes concurrunt cum patruis, *juxta d. c. 1.* Si enim jure suo & proprio cum patruis ad avi successionem contenderint, ab iis tanquam gradu proximioribus excluderentur. Quâ eadem responsione refellitur argumentum alterum *ex d. §. cum filius filiavè. Instit. de hæredit. quæ ab intest. defer.* De tertia objectione *ex c. 3. vers. si defunctus d. Nov. 118.* hæc est responsio; agi scilicet *in d. vers. si defunctus.* de tali casu, quando cum patruis nepotes tendunt ad successionem: hoc quippe casu cum veniant jure repræsentationis, & per personam patris, mirum non est, eam ex hæreditate portionem eos ferre, quam tulissent eorum, si vixissent, parentes. Quod quartum argumentum deductum *ex fin. cap. 3. d. Nov. 118.* attinet, respondemus, loqui juxta præcedentia, in quibus illi casus propositi fuerunt, quibus cum patruis concurrunt nepotes. Ergò subjecta illa clausula in illis intelligi debet, ut scilicet post fratres & fratrum filios cum illis concurrentes successio in capita incipiat. Ad quintum dicimus, quod ubi cum patruis concurrunt, veniant jure parentum, ita ut amplius non possint eandem successionem dividere per capita, & mutare ac variare naturam, quam semel assumpserunt. *arg. l. pater. §. quindecim. de legat. 3.* Quod ultimò *ex Tiraquell*, allatum fuit, ex eodem resolvitur: si id exemplum haberent aliquid momenti (*ait*) non tantũ in hoc casu, sed semper aliàs concluderet, in stirpes, non in capita succedere oportere

XXXI.

Post hos admittuntur alii transversales gradu proximiores. c. unic. in fin. de success. feud,

Proximitatem vulgò intelligunt respectu vasalli defuncti, non respectu ejus qui feudum primus acquisivit. Et recte: si enim proximitatem respiceremus primi acquirentis, non vasalli possidentis liberi fratri ejusdem præferrentur. Is enim illi gradu est proximior, quod tamen fit, uti constat *ex c. unic. vers. verò deficientibus. de success. fratr.*

XXXII.

Hoc loco occurrit celebris dubitatio, quousq; agnatorum successio extendenda sit?

Nam *in c. unic. de natur. success. & c. [illegible] c. Si Vasal. [illegible] priv. cui deser.* respondetur in infinitum exten[illegible]dam esse. Per contrarium verò *in c. unic. §. hoc quoque sciendum. qui feud. dar. [illegible] & c. unic. §. hoc quoque. observ. de success. feud.* statuitur, ad septimum gradum eam coarctandam esse. Et quidem priorem sententiam sequuntur *Zas p. 8. vers. tertia conclusio. Sch[illegible]nck. Baro. Hottom. in d. §. hoc quoque sciendum. Sonsbecc. p. 9. n. 84. Duar. c. 11. n. 16. Hane. [illegible]. 2. Feud. 5. Jul. Clar. in § feudum. q. 69.* quos refert *& sequ. [illegible] Hartman. Pistor. q. 19. n. 26.* addita hac ratione; quia de descendentibus generaliter definitum est, eos in infinitum succedere. *d. §. hoc quoque sciendum.* Omnes autem illi, qui à primo acquirente descendunt, licet defuncto ex latere conjuncti sint, per juris fictionem primi acquirentis succedunt, atq; hinc ipsius descendentes esse censentur. *c. unic. vers. si [illegible] de feud. March.* Non [illegible] [illegible] superiora capitula, quæ de septimo gradu loquuntur, quoniam, *ut Duar. Hottom. Cujac. censuerunt*, illud ita olim obtinuit, usu verò paulatim immutatum, & in infinitum porrectum est: quemadmodum & ex dictis capitulis in confesso est, aliam atque aliam formam sæpius ex usu succedendi rationem accepisse. Instat verò *Paris. jus in cons. 23. circ. fin. in vol. 1.* ex textu *[illegible] bene. de prohib. feud. al[illegible] n. per Frider.* ubi dicitur; tum demum feudum usque in infinitum transire, si hoc actum esset. Unde colligit, si hoc actum non erit, rem aliter se habere. Considerat insuper *Paris.* quòd secundum [illegible] juris civilis [illegible] [illegible] [illegible] tantummodò gradum succedatur, & cum successio feudi [illegible] ctionibus semper finibus fuerit circumscripta. *[illegible]*

vidimus.qui feud dar poss. benè duci argumentum posse putat, non in infinitum extendendam esse: *de quibus inter disputandum.*

XXXIII.

An agnatus vel filius poßit retinere feudum repudiata hæreditate? hujus loci quæstio est.

Tractat eam Feudista *in tit. 44. lib 2. 2. Feudor.* & latissimè *Hartm. Pistor. lib. 2. qu. 2.* in varias opiniones diffusa est, ut patet *ex Fachin. 7. controvers. 5.* Equidem rem expeditissimè sic resolvi posse arbitror: agnatum videlicet feudum hæreditarium non acquirere repudiata hæreditate: acquirere verò ex pacto & providentia etiam hæreditate repudiata: Filium autem, sive feudum hæreditarium sit, sivè ex pacto & providentia, non posse hæreditatem, feudo repudiato, obtinere. *Cephal. cons. 224. Sonsbech. p. 9. n. 160.* Rationem differentiæ investigant nostri, quæ uno verbo *Bald. in c unic. de feud. cogn.* reddi potest: In feudalibus non curandam esse strictam rationem, sed cõsuetudinem. *Duarenus* tamen *c. 11. n. 9.* eam adscribit pietati, quam filius parẽti debet; quasi inhumanum & injuriæ plenum sit repudiare ejus hæreditatẽ; Aliã habet *Hottom. in disp. feud. d. cap. 19* quam refert *Vultej. cap. 9. n. 114. de feud.* à qua alienus non est *Cujac in d. tit. 44.* & ea quidem differẽtiæ ratio est inter filium & agnatum: de agnati autem diverso succedendi modo, respectu hæreditarii, vel non hæreditarii, aut quod nostri ex pacto & providentia appellirant. *vide Andr. Gail. 2. observ. 154. & quos copiosè allegat Vult. d. loco.*

XXXIV.

Quæritur an jure Feudali computatio civilis vel Canonici juris observetur?

Et quidem *Hottom disp. feudal. c. 19. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 19.* existimant, computationem Canonicam observari; moti pluribus: Verum præcipua & momenti alicujus scintilla, quæ proferunt *ex cap. unic. Si vasall. feud. privet.* ibi enim quartus gradus numeratur ab eo, qui acquisivit; quod convenit cum jure Canonico, quo respectus habetur ad communem stipitem. Deinde

ex c. unic. vers. hoc quoque sciendum. de his qui feud. dar poss. ibi ad septimum geniculum, id est, generationem fit successio. At de jure civili non generationes considerantur, sed gradus computatio observatur. Verum communis opinio civilem computationem recipit: propterea, quod verbis disertus dicat Feudista *in c. unic. An ille qui interf. frat. dom. &c.* ordinem gradus eundem feudali jure observari, qui continetur in legibus. Verum *supradicti* verba illa de legibus Longobardorum accipiunt, utentes ad comprobationem hujus rei. *c. unic. vers. sin autem unus. de his qui feud. dar. poss.* ubi dicitur, quod filiæ legibus à successione feudi excludantur: quod de legibus civilibus accipi nequit. *l. maximum vitium. C. de liber prater.* sed legibus Longobardorum. Verum non ignotum est, cùm simpliciter legum mentio fit, per excellentiam id de Romanis accipi debere. *c. unic. vers. legum autem Romanorum de feud. cognit.* Nec obstat *d. vers. sin autem unus.* Si enim rectè legatur, sententiam nostram confirmare inveniemus. Hoc autem notandum est, *ait. Feudista*, quod licet filiæ ut masculi patribus succedant legibus, *scilicet Romanorum*, tamen à successione feudi removentur, *consuetudinibus feudalibus*: quomodo si legamus textum, uti legi debet, stabit nostra sententia. Probat insuper communem. *cap. unic. vers hoc quoque sciendum. de his qui feud. dar. poss.* ubi dicitur, quod secundum usum à sapientibus constitutum ultra fratres patrueles non progrediatur successio. At olim successio tantum ad quartum gradum procedebat *c. unic. vers. hoc quoque de success. feud.* Sunt autem patrueles, id est, fratrum filii, in quarto gradu, civili jure. *l. ult. §. quartò 15. vers eodem gradu de gradib.* Nō obstat *d. c. unic Si vasall. feud. privet* quià nō id vult semper ad primum acquirentem, quis illi proximior sit, referri, sed tùm, cùm alii ex latere non adsint, feudumque ob delictum domino sit apertum. Secundum argumentum *ex d. c. unic. vers. hoc quoque sciendum.* confirmat nostram sententiam. Nam quod ibi ad septimum geniculum extendi dicitur, id de septimo gradu intelligendum est, siquidem generatio gradum constituit. *§. hactenus de gradib.*

* *
*

DISP. VII.

DISPUTATIO SEPTIMA.

De Alienatione, Subinfeudatione, & feudi Refutatione.

RESPONDENTE
JOHANNE Frewdeman / HALLENSI SAXONE.

THESIS I.

Sicuti omnium rerum, quas natura profert, certi sunt modi, quibus nascuntur, & rursus moriuntur; ita similis est ratio earum rerum, quæ hominum inventione constant: sicuti id videre est in patria potestate Inst. quib. mod. patr. potest. solv. *Testamentis.* Instit. quib. mod. testam. infirm. *Obligationibus.* Inst. quib. mod. toll. oblig. *& similibus; Et ob id, cum superioribus disputationibus tractatum sit, quibus modis feuda acquirantur: dispiciendum nunc erit, quibus acquisita amittantur.*

II. *Sci-*

Sciendum itaque, feudum legitimè acquisitum vasallo sine culpa ejus adimi nullo modo posse. c. unic. de feud. sin. culp. non amitt.

III.

Culpæ autem species, ob quas feudo privari vasallus potest, variæ sunt, neque ut Feudista loquitur, *sub aliqua certa regula aut definitione rotunda comprehendi possunt* c. unic. In quib. caus. feud. amit.

IV.

Inter cæteras amittitur feudum, si id vasallus sine domini & agnatorum consensu alienaverit. c. unic. in pr. de prohib. feud. alien. per Lothar. *quia dominum contemnere videtur.* c. unic. in fin. quæ fuit prim. caus. benef. amit. *jusq; agnatorum, siquidem antiquum fuerit, intervertere.* c. unic. de alien. feud. pater.

V.

Alienationis autem vocabulum latissimè accipiamus.

c. unic. in pr. de prohib. feud. alien. per Frider. ut non solum eo comprehendatur distractionis titulus, quo rei dominium transfertur, ut est, venditio donatio, legatum, permutatio & *c. unic. in pr. c. unic. vers. donare. qual. olim feud. al. pot. sed etiam,*

quo

quo jus aliquod conceditur, ut oppignoratio, in emphyteusin & dotem datio *d.c.unic. in pr. de prohib. feud. alien. per Frider. d. c.unic. vers. donare. qual. olim. feud alien poter.* quæ tum demum facta reputatur, cum per traditionem res ex justo titulo verè translata est: *d.c.unic. vers. calliditi. ibi: feudum vendunt & in alios transferunt, de prohib. feud. alien. per Frider.*

VI.

Hinc quæritur, an vocabulo ALIENATIONIS *hypothecæ constitutio intelligatur?*

Quod quidem *post Landen. ad c. unic in pr. n. 11. de prohib. feud al. per Frider.* voluit *Francisc Hottom. consil. 39. n. 8.* & post eum reassumit *Vultej. 1. Feudor. 10. n. 43.* 1. quia generaliter prohibita alienatione, etiam prohibita censetur hypothecæ constitutio *l. final. C. de reb. alien. non alienand.* 2. quia jus ad rem constitui non potest, nisi domini voluntate, & rectè *inquit Camerar. ad d.c. unic. de prob. feud. alien per Frider.* quoniam eadem jura competerent ei, in quem facta est cessio, quæ competeret cedenti, etiam in his, quæ dabantur cedendi jure speciali *l. Herennius de usur.* Per hypothecam autem jus constituitur in re. *arg. l. noxalibus. de noxal. act. l. rem alienam. de contrah. empt. l. eorum. l. si finita. § si quà jura de damn. infect.* 3. quando inhibitio fit principaliter in favorem alicujus prohibita alienatione, favore ejusdem prohibitur hypotheca. *l. 1. in pr. de reb. eor l si pupillorum. eod. Auth. sacramenta puberum C. si advers. vendit.* in feudis autem principaliter fit favore Reipublicæ & directi domini. *c. unic. in pr. de prohib. feud. alien. per Lothar. d. c. unic. de prohib. feud. alien. per Frider.* 4. ubi eadem ratio est, idem jus esse debet *argument. l. illud. ad L. Aquil.* At in hypotheca eadem ratio est, quæ est in cæteris alienationibus, ne scilicet beneficiis suis nudati servitia præstare impediantur. *d. c. unic. de prohib. feud. alien. per Lothar.* quoniam, si creditores jus dominii impetrarint *l. ultim. C. de jur. domin. impetrand.* uti possunt. Nam ab initio tacitè facti fuiße intelliguntur, ut creditori vendere pignus liceat. *§. 2. Instit. quib. alien. non lic. l. 4. de pignor. act. l. 8. de distract. pignor.* 5. In pignus feudum dare Va-

 sallus

ſallus non poteſt. *c. unic. de inveſt. de re alien. fact.* Ergò nec in hypothecam dare: ſiquidem hæc duo nominis ſaltem ſono diſcrepant. *l. res. 5. §. item pignus. de pignor.* Et rerum ſubſtantiam examinando, nominum diſceptatio pertinacibus relinquenda eſt. *l. penult. & ibid. gloſſ. C. de conſtit. pecun.* 6. qui ad rem actionem habet, ipſam rem habere videtur. *l. is qui actionem. 15. de Reg. Jur.* Creditor autem ceſſante in ſolutione debitore hypothecaria rem conſequi poteſt; Et per conſequens rem ipſam habere videtur. 7. Effectum rei ubi habemus, non curatur de mediis ad eum ducentibus. *argum. l. Inſulam. 6. de præſcript. verb. l. ubi ita donatur. de donat.* At per hypothecam rei diſtractio habetur, ſi ceſſat debitor, qui effectus eſt alienationis, & per conſequens modus ad rei diſtractionem tendens, quali quali tandem medio fiat, prohibendus erit. 8. Res aliena oppignorari nequit. *l. 5. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit. l. 6. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Feudum autem res aliena eſt, ſiquidem proprietas, quæ nobilior eſt uſufructu, pertinet ad dominum *c. unic. In quib. cauſ. feud. amit.* 9. Videtur id comprobare textus *in d. c. unic. in pr. ibi*: & feuda, quæ Vaſalli ab eis tenebant, ſine conſenſu dominorum pignori obligaverant *de prohib. feud. alien. per Frider.* Verbum enim *tenebant*, innuit Vaſallos feuda adhuc poſſediſſe, *juxta l. officium. ff. de R. V.* poſtquam pignori, id eſt, hypothecæ obligaverant: quod tamen prohibetur *in d. pr.* non itaque hypothecæ conſtitutio permiſſa erit. Verum his & ſimilibus non attentis, exiſtimo contrariam opinionem veriorem eſſe, ſaltem ſi conſideraverimus, id quæri; *An propterea Vaſallus feudo privari poſſit, quod feudum tantum hypothecæ nexibus illigatum ſit?* ita ut ſaltem conſideremus putam nudamque hypothecam, quam ſi poſtmodum ſequatur diſtractio, Vaſallum quidem feudo privari dicimus, non quidem propter hypothecationem, ſed propter alienationem: quæ cum cauſalis & incerta ſit, non poſſumus ex illo incerto eventu jus certum conſtituere. Et ideò ſic argumentamur: Ceſſante ratione legis, ceſſat & ipſa lex: Ratio autem legis prohibentis feudi alienationem, ne Vaſalli beneficiis ſuis nudati dominorum ſervitia ſubterfugiant. *c. unic. de prohib. feud. alien. per Lothar.* in hypotheca ceſſat, quia per eam nihil transfertur in creditorem, ſed Vaſallus, ut antea, ſic & in poſterum poſſidet.

possidet, sique anteà idoneus fuit, etiamnùm post hypothecam manet; nec conqueri dominus se contemni potest; quia injuria nullum habet effectum, neque quicquam de suo alienatum est; imò in proclivi est rem hypothecæ nexibus eximi, quod si dixeris, & de facili contingere posse, ut nunquam liberatio, præsertim ab inope Vasallo contingat: atque ita ad distractionem perveniatur. Dico tum nos egredi terminos hypothecæ, de quo minimè quærimus. Deinde juris non ignoti est aliud esse obligare aliud alienare. *l. ad eum. §. Lucius de donat.* Obligat autem Vasallus, non alienat per hypothecam feudum, quod vel ideò tantò magis hîc urgendum erit, quia Frider. Imper. *in d. c. unic. vers. callidis.* expressè requirit, ut cum venditione res transferatur. Non obstant superiora argumenta quod enim hypothecæ constitutionem pro alienatione esse *ex l. final. C. de reb. alien. non alien.* dicitur, id fit legis interpretatione, quæ non recipitur iis in casibus, in quibus alienationis & traditionis conjunctio requiritur, uti in nostro casu *d. c. unic. vers. callidis de prohib. feud alien per Frider.* quin si *d. l. final.* decisio in feudis procederet, servitutis impositio pro alienatione esset, quam tamen in sui præjudicium feudo imponit Vasallus. *c. unic. vers. quid ergò. de invest. de re al. fact.* Ad secundam objectionem respondemus, non hoc sufficere, ut jus ad rem concedatur, sed necessum est, ut verè & realiter eadem transferatur. Qua eadem responsione evitamus tertium argumentum, quia favorem domini & Reipublicæ non lædimus, si res à Vasallo non auferatur: Corruitque similiter quarta objectio; siquidem diversa est ratio hypothecæ & aliarum alienationum, quæ secum traditionem trahant: hæ quippè nudant Vasallum, faciuntque quò minus domino inservire possit; non itidem hypotheca. Nec stringit id quod subjicitur creditori jus esse, cessante debitore rem auferre, quia jam, *sicuti diximus*, non manet propositio nostra in terminis nudæ hypothecæ. Quinta objectio pro sententia nostra est: quemadmodum enim aliud est pactum de vendendo aut permutando; aliud ipsa permutatio aut venditio: Ita aliud est pignus, aliud hypotheca: per hanc enim saltem pactum initur de re postmodum tradenda: per pignus vero traditione accedente ipsa res transfertur; hæcque traditio facit imparem servitiis Va-

fallum. Nec movet, quod nominis sono saltem hæc duo differre dicebatur *ex l.5.§.1.de pignor*, quia hoc tantum procedit, quoad actionem hypothecariam. *§. item Serviana. Inst. de Act.* Nam quantum ad rem ipsam attinet, differentia permagna est, ut constat *ex l. si rem. §.2. de pign. act. l si plures. §. pignus. ff. de V. S.* Sextæ objectionis responsio est, quod quidem videtur habere, non tamen habet: Si autem contingat, creditorem rem hypothecariam consequi extra terminos nostræ propositionis vagamur. Assumptio septimi argumenti falsa est: non enim per hypothecam protinus rei distractio sequitur: quid enim si debitor Vasallus eam redimat? quin si non redimat; sed eam consequatur creditor, jam non feudo cadit Vasallus propter hypothecationem, sed propter eam subsequentem alienationē. Quod octavam objectionem attinet, eam procedere dicimus in re planè aliena. At feudum est Vasalli, non quidem dominii proprietatis sed dominii ususfructus intuitu, *cap. unic. in fin. In quib. caus. feud. amitt.* quod hypothecæ dari potest. Quod ultimo *ex d. c. unic. in pr. de probib. feud. alien. per Frider.* adfertur, nihil stringit, quia loquitur de oppignoratione, quam inhibitam esse concedimus. *d. c. unic. vers. quamvis, de investit. de re alien. fact.*

VII.

Quæritur etiam an alienationis *vocabulo ususfructus veniat?*

Pro negativa id facit, quod per usumfructum res non transfertur; quia est jus utendi re aliena. *l. 1. de usufr.* quod non rectè diceretur, si res in fructuarium transferretur: nunc verò constat, alienationem in hoc passu tum demum factam intelligi, cum per traditionem res in alium transfertur. *d. c. unic. vers. callidis. de probib. feud. alien. per Frider.* 2. videtur confirmare *c. unic. vers. quid ergò de invest. de re alien. fact.* ubi dicitur: quod servitutem feudo imponere Vasallus possit. Ususfructus autem servitus est. Ergò quod de genere constitutum est, per omnes ejusdem speciei procedere debet. 3. Vasallus potest suam facere conditionem deteriorem, dummodò non lædat jus domi-

ni.

ni c. unic. vers. contrariò de investit. de re alien. fact. Si autem usumfructum alii concedat, suam quidem conditionem, non tamen domini deteriorem facit, quippè facultatem percipiendi fructus in eum transfert, qua citra translationem is aliàs frueretur, quo ipso sibi, non alii nocet. 4. Vasallus est instar fructuarii. c. unic. in fin. In quib. caus. feud. amit. Fructuarius autem non solum alii in usumfructum dare, sed jus sibi in re constitutum alii vendere, locare vel oppignorare potest. l. non utitur. cum duab. seqq. ff. de usufruct. §. 1. Instit. de usu & habit. Pro affirmativa facit. 1. quod ubi ratio juris viget, ibi & ejusdem dispositio vigere debeat. argum. l. illud ad L. Aquil. In usufructus autem constitutione ratio prohibitæ alienationis feudalis obtinet, quæ est, ne Vasalli suis nudati beneficiis servitia dominorum obire impediantur. c. unic. in pr. de prohibit. feud. alien. per Lothar. cap. unic. de prohib. feud. alien. per Frider. Quid enim est ususfructus? annè jus utendi fruendi? quid igitur habebit Vasallus? aut quo ipse utetur fruetur? 2. vera est in usufructus constitutione alienatio, quippè res traditur, non quidem ad hoc, ut ejusdem usufructuarius dominus constituatur: nec enim Vasallus tradens dominus est, sed ut juris ejus, quod Vasalli est, utilitatem percipiat, quod sufficit in materia nostra, ut res pro alienata habeatur. 3. Dominium feudi ex omnium consensu à Vasallo alienari nequit. d. c. unic. de prohib. feud. alien. per Lothar. Ususfructus autem est pars dominii. l. 4. de usufr. Ergò quod juris est in toto, quoad totum, idem erit in parte, quoad partem. l. quæ de tota. de R. V. 4. Alienationes & translationes feudi etiam illæ prohibentur, per quas ejusdem possessio transfertur. c. unic. ibi pignorare. vel quocunque modo distrahere. de prohib. feud. alien. per Frider. Verum ususfructus constitutione possessio transfertur: usufructuarius enim possidere dicitur, l. naturaliter. de acquir. poss. l. 3. §. undè de vi & vi arm. 5. Denique usufructus dicitur alienatio in l. final. C. de reb. alien. non alien. Et hæc opinio mihi magis verò videtur similis. A qua non dimovebunt nos argumenta partis contrariæ: quod enim primò dicitur, per usumfructum non transferri rem, id facile concedimus: quî enim rem, hoc est, rei dominium Vasallus transferret, cum illud non habeat. At ta-

men rem transfert ad hoc, ut per translationem jure suo careat Vasallus, quæ translatio pro alienatione domini juris est, quod Vasallus habet. Quod secundo opponebatur *ex d. c. unic. vers. quod ergò de investit. de re al. fact.* procedit respectu servitutum realium non personalium, cùm quia, quotiescunq; verbum *servitutis* simpliciter ponitur, toties pro reali sumendum sit *l. 44. ff. Locat.* tum quia textus id satis innuat, dum ait; rei beneficiariæ servitutẽ imponi patiatur: ususfructus autem non imponitur propriè feudo, sed feudum in usumfructũ datur. Quod tertiò proponebatur, Vasallo suam conditionem deteriorem facere licere, dummodo non lædat jus domini id facile concedimus: contendimus a. per ususfructus cõstitutionem domini jus lædi, quia inidoneus obeundis servitiis Vasallus redditur *d. c. unic. de prohib. feud. alien. per Lothar.* Quod ultimò oppositum fuit, usufructuario æquiparari Vasallum, hoc in passu admitti nequit: nec n. quicquam fructuarius proprietatis domino invicem ususfructus, sicuti Vasallus domino servitia præstat, ut sic cessante ratione prohibitæ alienationis in ususfructu, meritò & juris dispositio cessare oporteat.

IIX.

Quæritur itidem, an alienationis *vocabulo locatio ad longum tempus, id est, decennium, intelligatur?*

Quod CC. Dd. affirmant, moti. *1. l. n. §. quod autem ff. de superfic. l. 1. §. qui in perpetuum. ff si ager. vectigal. pet.* In quibus dicitur, quod ei, qui non ad modicum tempus conduxit, in rem actio detur. Ergò dominium utile transiit: quoniam nulli alii, quam qui dominium habet actio in rem competit. *l. in rem actio. 23. de R. V.* 2. Conductio ad longum tempus Emphyteusi comparatur. *Auth. qui rem: ibi: conductam vel in Emphyteusin acceptam C. de SS. Eccles. Molin de jur. primogenior lib. 1. c. 21. n. 21.* Vasallus autem non potest feudum in Emphytheusin dare. *c. unic. vers. quis enim dubitat. qualit. olim. poter. feud. alien.* 3. Possessionis translatio in materia nostra pro alienatione est, argumento ejus, quod de pignore dicitur *c. unic. in pr. de probib. feud. alienat. per Frider.* Per locationem autem ad longum tempus transfertur possessio. *l. sciendum*

dunt. §. 1. ff. Qui satisd. cogunt. A quibus tamen dissentire videtur *text. in d. c unic. vers. donare. qual. olim. pot. feud. alien.* ubi locare permittitur Vasallo: Locabit itaque & ad longum tempus; quia indistincta est Feudistæ locutio. *arg. l. de pretio. de public. in rem action.* Deindè servitiis obeŭdis Vasallus locando non redditur inidoneior, cum mercede ex locatione redactâ perindè quasi rem ipsam habeat, domino inservire possit. Denique per hanc locationem neque dominiŭ, neque possessio transfertur: non illud, ut constat *ex l. non solet. 39. ff. Locat.* non etiam hæc *l. si quis ante 10. §. 1. de acq. poss.* Et consequenter locatio ad constitutionem alienationis prohibentem trahi nequit. Quibus non officiunt ea, quæ opposita sunt, & non quidem leges in primo argumento adductæ. Nam *l. 1. de superfic.* specialem rationem habet. Ædificatio n. non rectè & commodè fit, nisi à domino. *§. cum autem. Instit. de R. D.* quapropter cui ædificandi jus conceditur, utendæ pro arbitrio areæ jus, atque ità utile dominum concedi videtur *l. in provinciali 3. §. si ego. de oper. nov. nunc. l. superficiem 14. de R. V. l. tutor. 17. §. final. de pignor. act.* Quod attinet *d. l. 1. §. final. Si ager. vectig. petat.* respondet Arnold. Pinell. *ad l. 1. p. 3. n. 66. C. de bon. matern.* loqui eam de agris publicis, ideò ad privatos extendi non debere: vel etiam responderi potest; loqui de conductione in perpetuum, nec unquàm finienda, quandiu vectigal solvatur. Sic enim verba *in perpetuum* exaudiri debent. *l. 8. de usufruct. legat. l. an usufructus. 83. de usufr.* Quod secundò opponebatur, hanc locationem esse pro Emphyteusi, id quidem ex communi opinione obtinet. Verum ejus falsitatem ostenderunt *Conan. 6. comment. 12. Pinell. d. loco. Wesenb. n. 8. in paratitl. Locat.* quibus astipulor: non enim majus aut minus tempus diversas contractuum species constituit, sed contrahentium voluntas *l. contractus. de Reg. Jur.* Non obstat. *d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Si enim conductio pro Emphyteusi est, ad quid opus disjunctione. *argum. l. si idem. C. de Codicill.* quinimò *sicuti constat ex Nov. 120. unde textus ille desumptus est, in c. 3.* locatio in longissimum tempus dicitur locatio, *& sicuti gloss. ibi notat,* simplex. Quod in tertia oppositione dicebatur, itidem communi opinione suffultum est, *constat ex Petr. Frider. 8. 1. n. 20. de possess.* Sed refellitur *per d. l. si quis antè. 10. §. 1. de acq. poss.* Et *l. sciendum. §. 1.* loquitur de fundo vectigali, id est, Emphyteutico,

tico, cujus possessor plenius jus habet simplici conductore *d.l.1. §.final.si ager.vectig petat.*

IX.

Quæritur quoque, an transactio appellatione alienationis veniat?

De qua partem in affirmativam sic argui potest. 1. quia de feudo inhibita est alienatio. Ergò & transactio; cum sit regulare, quod super bonis alienari prohibitis transactio fieri non possit. *l. non solum. C. de præd. minor. l. præses.12.C.de transact.* 2. Si transigere Vasallo concederetur, isque certam quantitatem adversario præstaret, causam possessionis sibi mutaret, quia jam non possidere feudum ex causa primæva, sed ex causa nova & titulo novo obtento ab ipso transigente censetur, quod domino præjudicium irrogare posset. 3. Vasallus non potest nocere domino ex actu voluntario. *l. peto.69.§. fratre. de legat. 2.* Transactio autem est actus voluntarius, *argum. l. si dictum §. si compromissero. ibi*: nulla enim necessitate cogente id feci. *ff de evict.* Pro negativa parte est textus disertus *in c. unic. vers. si Vasallus de beneficio suo. Si de feud. defunct. content. sit int. dom. & agn. c. unic. ibi*: vel cum adversario transegerit. *de controvers. int. Vasall & al. de benef.* quorum textuum authoritatem mihi stare placet. Si enim quid transactio sit, penitius consideraverimus, & non de feudo eam interponi constat, quia feudum, quod est in controversia, feudum esse negat adversarius, & ideò jure dubio eam interponi facilius in favorem Vasalli admittemus. *arg. l. in summa de condict. indeb.* Quo ipso argumentum prius refellitur. Nam id admittimus, ubi constat feudum esse: ut enim de eo illicita est alienatio, similiter erit illicita transactio. Quod in secunda objectione statuitur, verum non est; is enim qui transigit, pecuniam adversario præstando non id agit, ut à transigente dominium acquirat, sed ut ex ea pecunia adversarii versutias, litiumque inquietationes redimat: nec ex transactione hoc pacto facta dicitur res acquiri novo titulo. Ultimæ oppositionis assumptio similiter vacillat, quia ad transactionem nō sponte, sed adversarii instantia Vasallus perducitur. Nec id confirmat *d.l. si dictum. § si com-*

compromiſſo ro.de Evict. quia loquitur de coemptore, qui apud arbitrum compromiſit, ejusdemq; ſententia victus eſt: cum enim talis ſententia executionem non habeat, niſi voluntate emptoris, ſibi imputet, quod compromiſerit: aliud eſt, ſi apud judicem victus ſit. *l. ſi cum 17. C. de Evict.*

X.

Quaritur: Num Vaſallus in arbitrum compromittere poßit?

Borchold. *d. c. 8. n. 45.* exiſtimat, minimè concedendum Vaſallo, ut in arbitrum compromittat: Econtra *communiter Dd.* affirmant; quia compromiſſum obtinet vicem tranſactionis. *Schrad. d. p. 8. c. 1. n. 46. de feud.* quæ ſententia probatur *in ſeqq. textibus manifeſtißimis*, nempè *c. unic. in pr. an ap. jud. vel cur. domin. & c. c. unic. §. 1. de inveſtit. in marit. fact.*

XI.

Num Vaſallus ſervitutem realem feudo imponere poßit?

Et quidem ipſi licere communiter traditur, in ſui ſcilicet præjudicium; non etiam agnatorum, aut domini: textus eſt expreſſus *in c. 1. §. quod ergò. & ibi. Alvarott. Prapoſ. Matth. de Afflict. de inveſt. de re alien. fact.* cum multis allegatis *per Schrader. p. 8. c. 2. n. 49.* ubi rationem hujus reddit; tum quod pactum inter alios factum aliis non præjudicat. *l. ſcimus 27. §. ante omnia ff de pact.* tum quia Vaſallus tantum pro tempore vitæ ſuæ, dicitur habere jus in feudo, itaque morte Vaſalli ſervitutem conſtituentis hoc jure reſoluto, ſimiliter & illius jus reſolvi debet, cui hæc ſervitus conſtituta eſt. *arg. l. ſi quis domini 9. §. final. ff Locat. lex vectigal. 31. de pignor. c. 1. § hoc quoq; de ſucceſſ. feud.* A qua ſententia diſſentit *Vultej. d. c. 10. n. 40.* quoniam id non permittitur uſufructuario *l. ſed ſi 15. §. ſed nec. 7. de uſufr.* Ergò nec Vaſallo; quoniam ſumma eſt affinitas inter hunc & illum. Verum iſtud argumentum non multũ valet: quoniam data diſparitatis ratione in uno, facilè in alio admittitur, feudum ad poſteros Vaſalli transmittitur, non uſusfructus, quod arguit jus Vaſalli pleniꝰ eſſe. Altera objectio *Vultej*

 eſt,

est, quoniam non potest deteriorem facere [illegible]
d.c.unic.vers econtrario de investit.de re a [illegible]
imponendo quin faciat deteriorem, n[illegible]
illa obstat, quoniam ut ex superioribus c[illegible]
constitutio non nisi ipsi constituenti nocet, non [illegible]
constitutio etsi jure summo pro servitute hab[illegible]
illa non nisi perpetua sit *l.4 de serv.* ex æqui[illegible]
d.l.4.

XII.

Quæritur, si alienatio ex necessi[illegible] serit, ut puta si Vasallus fame pre[illegible], [illegible] lebitnè?

Existimat *Matth de Afflict.in c.unic. qual.olim* [illegible] dominum cogi posse, ut aut ipse emat, aut a[illegible] tiat, quod si noluerit, Vasallo vendere licere; dummodo [illegible] vendat, qui æqualis, aut etiam melioris sit cond[illegible] negat *Schrader.p.8.c.1.n.21.de feud.* cum quia nec [illegible] vel consentire venditioni rei suæ *l.invitum* [illegible] *l.nec emere.16.C.de jur. deliber.* tum quia nec [illegible] cere quis invitus cogi potest *c.precariæ 10.q 2.* Ex[illegible] *Afflict* opinionem tutiorem esse; cum quod lex lo[illegible] natione, intelligenda sit de voluntaria & non ne[illegible] *tiones ff fam.ercisc.l 1.de fund.dotal* unde prædium [illegible] propter necessitatem distrahitur. *l.peto.69.§ prædi*[illegible] tum quod ratio prohibitæ alienationis, quam feu[illegible] temptu domini ponit. *c.unic.in fin. quæ fuit prim.caus.benef*[illegible] in necessaria alienatione cessat: non enim volens, sed [illegible] distrahit, sibiq; dominus imputet, quod oblatũ non a[illegible] rit feudum. 3 argumentum ab emphyteusi ad feudu[illegible] *Roland.à Vall.consil.80.vol.1.n.45.* Emphyteuta autem alie[illegible] piens, dominum requirere prius debet, num ipse e[illegible], qui si nolit, alii rectè vendit. *l.final C de jur.Emph*[illegible] S[illegible] que hujus intuitu & oblatum à Vasallo inope feudum, si [illegible] nus emere nolit, nulla erit ratio, quò minus id Va[illegible] transferre concedamus. Non obstant argumenta [illegible] jus continent ordinarium, nos verò versamur in exo[illegible]

eo:

eo: notum quippe est, necessitatem licitum facere, quod aliàs illicitum est *c. quod non est licitum. ibid. gloss. ext. de R. I l. de pupillo. 5. §. si quis rivos. & ibid. Jas. de oper. nov. nunc. vid. Roll. à Vall. consil. 21. n. 13. & seqq. volum. 1.*

XIII.

Quod si autem dominus consentiat, quintum etiam in casibus prohibitis alienatio procedat, nullum dubium est.

Ita tamen ut ea soli domino, non etiam agnatis, vel iis quorum interest, quivè mortuo Vasallo successuri sunt, præjudicet. *c. unic de prohib. feud alien. per Frider.* Quapropter agnatus alienatum feudum jure à primo acquirente per investituram quæsito, mortuo Vasallo alienante, sine pretii refusione, aut si pretium dare paratus est, intra annum utilem à die factæ alienationis, vivente alienatore retractus jure recuperare potest. *c. unic. vers. si Titius. Si de feud. defunct. content. sit. int. dom. & agnat. Vasall. Hartm. Pistor. 2. q. 5. n. 6.*

XIV.

Sed in dubium vocatur, utrum consensus expressus esse debeat, an verò tacitus sufficiat?

Videtur *Fridericus* expressum consensum requirere *in c. 1. in verb.* licentia. *De feud. alienat. per Frider.* Nam verbum illud *Licentia* expressum concessum denotare nostri volunt, ut ex iis constat, quos allegat *Borthold. d. c. 8. n. 72.* & ex eo *Vultej. d. c. 10. n. 64.* Communiter tamen volunt tacitum sufficere. *Tib. Decian. 3. consil. 117. n. 5. Borth. d. loco.* & quidem rectè. Nam cum alienationem prohibere possit, videtur tacendo eam comprobare. Contensum autem hunc tacitum non uno modo nostri accipiunt, *ut apparet ex Borth. & Vultej.* Ille existimat taciturnitatem cum scientia sufficere: Hic verò præsentiam desiderat, si videl. nihil aliud sit, ex quo consensus tacitus colligi possit, quæ sententia est æquior. *Rosenth. c. 9. conclus. 31, Zas. p. 9. n. 31. Mynsing. 4. observ. 87.*

XV.

Porrò sicuti Vasallus sine domini volun-tate non poterit feudum alienare, similiter Dominus proprietatem sed dominium [illegible] invito Vasallo in alium transferre non pote-rit.

Cùm quia Dominus Vasallo tenetur ad [illegible] *de form. fidelit.* tùm etiam, quia hoc satis [illegible] *c. unic. univers. ex eadem. de leg. Corrad. c. unic. vers.* [illegible] *feud. alien per Frider. Wesenb. c. 9. n. 9. c. 11. n. 1. Hart*[illegible] *observ. 40. Serv. p. 8. n. 65.* nisi fortè in Ecclesiam [illegible] re velit: hoc enim specialiter in favorem Ecclesiarum ipsi per-missum est. *c. unic. vers. si uno contigerit. & ibid. Dd.* [illegible]

XVI.

Alienationi non absimilis est subinfeu-datio, *quæ est actus, quo Vasallus feudum quod habet, vel totum, vel aliquam ejus par-tem, alii in feudum legitimè concedit; Germa-nis* ein Afterlehen.

Hic actus sine Domini, aut eorum, quorum interest, con-sensu fieri permissus est. *c. unic. vers. sin vero. qualit. olim feud.* [illegible] *pot. c. unic. vers. sed etiam res. per quas fiat. investit. c. unic. vers.* [illegible] *liter. de Corrad. c. unic. vers. preterea. de capit. Corrad.* De ratione permissæ subinfeudationis solet quæri. *Jul. Clar.* §. [illegible] *num. 1.* ait: se hactenus non potuisse reperire apud *Dd.* [illegible]tionem, cur stante generali prohibitione alienationis feudi, sit permissa subinfeudatio, cum tamen nulla videatur [illegible] causa specialitatis satis concludens. Nonnulli hanc ratio-nem reddunt, quod subinfeudatio sit donatio quædam, ad

ad quam homines non tàm facilè accedunt, quàm faciles existunt ad vendendum. Verum hæc ratio incurrit id, quod *Ulpian.* alibi respondit: Cui donandi, eidem & vendendi & concedendi jus est *l. cujus est. 163. de Reg. Jur.* quare si donare permitteretur Vasallo, cur non vendere? cur non alio quocunque modo distrahere? quapropter & Feudista disertè omnem donationem vasallis interdicit; *in c. unic. vers. donare. qualit. olim. feud. alien. poter.* qui textus, cum eam in rem satis sit expressus, cessat oppositio illa, quæ duci potest ab Emphyteuta ad Vasallum; Emphyteuta inconsulto domino donat rectè Emphyteusin. *l. 1. C. de fund. patr. lib. 11. in conventionibus. 219. ff. de V. S.* non Vasallus, quia de illo cessat æquiparatio feudi & emphyteuseos. Quicquid sit, si superior ratio benè proponatur, non improbabilis erit: subinfeudatio est donatio quædam, non simplex, quæ in perpetuum à se rem, atq; omninò dimittit, sed suo quodam modo, quia apud subinfeudantem remanet utile dominium; cujus intuitu obligatus ei est ad servitia subinfeudatus; Et insuper non ut donatio simplex in quemvis fieri potest; ita & subinfeudatio: sed ut rectè fiat, tria copulativè concurrant necesse est. 1. ut Vasallus subinfeudans alteri sine fraude concedat. *d. c. unic. qual. olim feud. alien poter.* hoc est, non permiscendo occultam venditionem, vel aliud in fraudem domini. 2. Ei qui similis conditionis, vel melioris, non etiam, qui deterioris est 3. Sub iisdem conditionibus, quibus ipse feudum tenuit. *d. c. unic. vers. profectò. de Leg. Corrad. c. unic. vers. præterea. de capit. Corrad.* Quapropter cum in subinfeudatione sit donationis, quamvis non simplicis, species; quæ non ad lucrum, ut aliæ distractiones respiciunt, nec domini conditio ullo modo deterior fiat, non mirum, si illa à cæteris alienationibus separetur. Nec obstat *d. l. cujus est. 163. de R. J.* quia de simplici donatione non incommoda ejus etiam in feudali disciplina est decisio, de qua nos non agimus, sed modificata, suisque conclusa certis limitibus liberalitate, inter quam & venditionem permagna est differentia. Qui enim vendit, propter pretium id facit, & à se rem dimittit: qui subinfeudat, pretium non recipit, rei itidem utile dominium retinet. Quæ ipsa responsione refellitur etiam *d. c. unic. vers. donare. qualit. olim. feud. alien poter.*

XVII.

Procedit itaq; tum demum subinfeudatio, si tria copulativè concurrant: primum, quod Vasallus feudum alteri sine fraude concesserit. d. c. unic. qualit. olim. feud. alien. pot. *hoc est, non permiscendo occultam conditionem, vel aliud in fraudem domini. Secundo quod infeudaverit ei, qui sit similis conditionis, vel etiam melioris. Tertiò, sub iisdem pactis & conditionibus, quibus ipse feudum tenebat.* d. c. unic. §. profectò. de Leg. Corrad. d. c. unic. vers. prætereà de capitul. Corrad. Hartman. Hartm. de feud. observ. 38. Jul. Clar. §. Feud. q. 32. Mynsin. 1. obser. 61. Burchold. d. c. 8. n. 80.

XIIX.

Fieri autem subinfeudatio non tantum à Vasallo, sed etiam ab eo, qui infeudatus est, & vicissim a sequentibus in infinitum. cap. unic. vers. similiter. de leg. Corrad.

XIX.

Quæritur, si subvasallus feudum alienare velit, utrumnè subinfeudantis, an verò Domini superioris consensum adhibere debeat?

Quæ res in varias opiniones scinditur, uti constat ex *Hartm. Pistor 2.q.45.Fachin. controv.53.* qui contendunt, subinfeudantis consensum sufficere; Et quidem summa argumentorum eò redit, quia jus omne, quod subinfeudatus habet, id habet à subinfeudante, & non domino superiore. Ergò solius subinfeudantis consensus requiretur. Undè si delinquat subinfeudatus, non ad superiorem, sed subinfeudantem devolvitur. *c. unic. vers. illud. de probib. feud. alien. per Frider.* Verum hoc argumentum non usque adeò firmum est, sicuti exemplo agnatorum constat, Vasallus non potest feudum antiquum alienare absq; agnatorum consensu quantumvis domini assensum habeat. *c. unic. de alien. patern. feud.* cũ tamen jus nullum ab agnatis, sed totũ quicquid, i.e. trahat à Domino, & ejusdẽ prædecessoribus. Quod verò per delictum aperiatur feudum subinfeudanti, mirum non est, quia is propriè subinfeudati dominus est; consensus autem superioris non ex eo, quod dominus est, sed quod ejus intersit, adhibeatur necessum est. Alii per contrarium, domini superioris solius cõsensum exposcunt. *Jacob. de S. Georg. in vers. & cum pacto de alienando. n. 21. Clar.* §. *feudum. q. 32.* duobus argumentis moti; quorum primum est, quod quandò dominus concedit rem in feudum alicui, puta Titio, transfert in ipsum Titium utile dominium, & si Titius posteà rem illam feudalem subinfeudet alteri, transfert suum utile dominium in accipientem. Ergò nihil remanet apud ipsum Titium primum Vasallum: quia utile dominium non potest dividi, nec possunt esse plures domini utiles in solidum, sicut nec directi *l. 3.* § *ex contrario. ff. de acquir poss.* Cum ergò nihil remanserit apud Titium, certè consensus non debet requiri ab eo, sed à priore domino, apud quem remansit directum dominium. Verum id argumentum magni ponderis non est: quod enim utile dominium in subinfeudatum à subinfeudante Titio transferri statuit, falsum est. Si enim nihil retineret juris Titius, cur per delictum subinfeudati ad ipsum rediret feudum? *d. c. unic. vers. illud. de prohib. Feud. alien. per Frider.* Habet itaque jus ususfructus directum, quod respectu sui domini utile est; at respectu subinfeudati directum rectè dicitur. Secundum pro sententia illâ argumentum tale est: prima causa feudi accipit fundamentum à priore seu antiquiore domino; quod quidem

dem non negamus, sed non ex eo, quod [illegible] [illegible] non potest, quin subinfeudatus fun[illegible] habeat à subinfeudante: quapropter mihi placet utramque [illegible] conjungere, & consensum utriusque, tàm domini superioris, quàm subinfeudantis requirere. Utriusque enim interest, superioris, propter directum dominium, subinfeudantis, ne [illegible] invito alius obtrudatur Vasallus. *Andr. de Isern. Matth. de Afflict. ad c. unic. de probib. feud. alien. per Frider.*

XX.

Vicina subinfeudationi respectu Vasalli est refutatio; *ut enim illa feudum in alium transfert: sic hac jus feudi, quod habet, alteri licitè cedit.* c. unic. de Vasall. qui contr. constit. Lothar. reg. benef. alien. c. unic. de Vasall. decrep. ætat.

Qua de re tamen dubitari non immeritò posse [illegible] non ignoti juris, quod à contractu semel inito invita parte altera, recedere non liceat. *l. non idcircò. C. de contrah.* [illegible] *l.* [illegible]*ctu. C. de rescind. vendit. l. sicut. de O & A* Ergò nec a feudo recedere licebit Vasallo, quia id per contractum constituitur. [illegible] contractus claudicare non debet. Est enim ultrò citroque obligatio *l. Labeo. 19. in fin. de V.S.* Claudicaret autem, si refutandi licentia tribuatur Vasallo, quia domino non permittitur [illegible] causa feudum Vasallo adimere *c. unic. de feud. sin culpa non amittend.* Facit quod quamvis is, qui ad factum obligatus sit, præcisè facere non teneatur. *l. stipulationes non dividuntur. vers. Celsus de Verb. Oblig.* aliud tamen est, si juramento se facturum promisit: Id enim præcisè ad factum obligat. *c. cum contingat. de jurejur.* Vasallus autem juramento se servitiis obtulit. *c. unic. de form. fidelit.* Ergò iis se subtrahere per refutationem non potest Insuper pro hac sententia id addi potest: feudum a fide dicitur. *c. unic in fin. per quos fiat investitur.* grave autem est fidem fallere. *l. 1. de pact. l. 1. de constit. pecun.* Denique obligatio Vasalli, qua domino tenetur, est personalis, & adeò personæ co[illegible]

l. final. § final. de contrah. empt. Undè licet rei cedat, non tamen personali obligatione se eximet. *l. sed cum fructuarius. 65. ff de usufr.* quas contrarietates nónulli effugere cupiétes ad varias distinctiones prolapsi sunt, sicuti videre est *apud Fachin. 7. controvers. 60.* Quibus non attentis, cum simpliciter jure Feudali Vasallo potestas refutandi tributa sit. *d. c. unic. de Vasall. quis contr. constit. Loth. r. & c. c. unic. de Vasall. decrep. a. at* omni etiam casu eam exercere poterit. Est enim Vasalli respectu feudum beneficium *c. unic. in fin. in quibus caus. benef. amitt.* quod uti invito non datur. *l. invito. 69 de R. J. l. hoc jure. § non potest. de donat. l. nec emere. C. de jur. deliber.* ita nec apud invitum manet: potest enim beneficio unusquisque renunciare. *arg. l. penult. C. de pact.* Undè & civili jure, usufructuarius relinquere potest usumfructum. *l. sed cum fructuarius. 65. ff de usufruct.* A quo non multum differre Vasallum innuit *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* De oppositis argumentis sic statuimus; primum; quod de validitate contractus perfecti agit, ad feudum non aptè transferri, quia feudum non est contractus, sed liberalitas, licet per contractum constituatur, exemplo ususfructus civilis, qui per contractum constitui potest. *§. 1. de usufr.* non tamen contractus est; aliàs enim delinquere nō posset fructuarius. Quo ipso imbecillitas secundi argumenti ostenditur. Si enim contractus non est feudum, *quod disputat. 1. latius probavimus*, quæ de contractu dicuntur, ad id non aptè transferuntur. Deinde stante argumentatione, diversa est ratio domini & Vasalli; quoniam etsi Vasallus feudum refutet, manet tamen id feudum, & ejus in locum alius surrogatur; quod à parte Vasalli dici nequit, si domino fas esset feudū invito ei adimere, nihilq; invicem feudi retineret. Tertium argumentum ita resolvitur: juramentum assumit naturam actus, cui adjicitur. *argum. l. final. C. de non numer. pecun. l. final. de liber. caus.* De natura autem actus est eidem licere per Vasallum renunciari. Ergò & juramentum eum ut sequatur, consequens est. Quarto argumento præsupponitur; quasi fidem fallat Vasallus feudum refutando; quod negamus: Qui enim sibi concesso utitur, fidem non fallit. Quod ultimo objicitur, concedimus facile, obligatione personali Vasallum domino teneri: Verum oritur illa propter feudum & occasione feudi. Quapropter si feudo renunciet, cessabit

sabit & obligatio feudalis. *argum l. etsi fort.* §. *Labeo. si fortas. …dic.*

XXI.

Estq́ vel propria, vel impropria: illa est, quæ fit domino, seu ut loquuntur, in manus domini: hæc verò, quæ fit vel agnatis, vel extraneis, quæ propriè magis alienatio est. Vultej. d. c. 10. n. 75. de Feud.

XXII.

Ordo refutandi est, ut primum domino deferatur, ad exemplum Emphyteuseos. l. final. C. de jur. Emphyt. *quo casu, si novum sit feudum, descendentibus præjudicatur. Si verò antiquum sivè paternum, nocet refutatio filiis & agnatis tantisper, donec refutans vivit: Mortuo verò eo, feudum ad liberos vel agnatos ipsius rursus devolvitur. Resoluto enim jure dantis, resolvitur jus accipientis, & simplici Vasalli consensu jus de futuro adsorberi nequit.* l. 1. §. quod ait. ff. quor. legator. *censenturq́ duæ concessiones; una pro Vasallo; alia pro agnatis.* l. quocunque. §. si quis. de V.O. *sicq́ suam, non alteram refutando tollet Vasallus.*

Atqui dices, quid opus usque ad mortem Vasalli refutatio-

tis expectare, cum refutando perdat jus omne suum, nullæque relliquiæ feudi penes ipsum remaneant; Respondeo non hîc intueri nos personam tàm Vasalli, quàm ejus qui accepit, utique Vasallus si non refutasset, habuisset emolumenta feudi; cur non igitur eadem perciperetis, cui refutatio facta est ad vitam refutantis?

XXIII.

Secundò defertur filiis & descendentibus, quos dominus investire cogitur, sive novum, sive antiquum fuerit feudum, quoniam iis utriusq; successio debetur. c. unic. de Vasall. decrep. ætat.

XXIV.

Tertiò refutatur feudum antiquum agnato proximiori, qui descendit ab eo, qui primus feudum acquisivit: Eumq; similiter Dominus investire cogitur; debetur enim ipsi successio, quam etsi citius voluntate refutantis consequatur, non tamen ullo modo hoc domino præjudicat.

XXV.

Quæritur an extraneis refutatio sine consensu domini fieri possit?

Respondemus quod non. Vera enim esset alienatio, quæ Vasallis inhibita est. *c. unic. de prob. feud. alien. per Frider.* idq; procedit, sivè feudum novum, sivè antiquũ sit, quo posteriore casu licet dominus consenserit, refutatio tamen in præjudicium agnatorum non valebit. *c. unic. de alien. feud. patern.* Extraneorum antẽ numero reputamus quoq; agnatos Vasalli respectu novi feudi omnes; respectu v. antiqui feudi eos, qui à primo acquirente non

descendant, aut quibus in prima investitura pacto expressè provisum non est. *Hottom. consil. 31. n. 5.*

XXVI.

An verò Dominus Vasallum invitum liberare possit, ut eum amplius Vasallum non habeat?

Qui negativam sententiam tuentur, *inter quos pr[illegible] Ard rubr. 93. Blanc. 2. feudor.* utuntur eo fundamento, quia invito beneficium non datur *l. invito. 69. ff. de R. J.* Et [illegible] *Ulpian* non possit nolenti adquiri liberalitas *l. hoc jure. §. non potest ff. de donat.* Nemo (*rescribunt Impp.* cogitur donatum adsequi. *l. nec [illegible] C. de jur. delib.* Quò pertinet id, quod *Horat. in art. Poet.* cecinit:

Invitum qui servat, idem facit occidenti:

& quod Lesbonicus apud *Plaut in Trinum. Act. 3. sc. 2.*

——Nullum beneficium

Esse duco id, quod quoi facias, non placet:

Qui verò pro affirmativa statuunt, à paritate domini & Vasalli argumentantur: Nottenim juris est, Dominum teneri Vasallo ad paria: quod multò magis de Vasallo dicendum erit, [illegible] idem is domino præstet, quod eidem Dominus præstare cogitur, quod quia certum est, & rationi consentaneum, prolixiori probatione haud indiget. Nunc autem, *ut ex supra dictis constat,* Vasallus potest etiam domino invito refutare: multò magis itaque hoc domino volenti concedendum & permittendum erit, ut rectè sentit *Rosenth. c. 9. conc. us. 76.*

XXVII.

In materia refutationis pro complemento ejus occurrit celebris quæstio, quam habet Bald. in procem. Feudor. num. 14. *num eadem invito Domino fieri possit à Vasallo, si con-*

contractus feudi per stipulationem sit celebratus?

Quod primum sanè negandum videbatur quoniam stipulatio dicitur à stipite, id est, à firmitate, *in pr. Inst. de Verb. Oblig.* Deinde quia obligatio non rei, sed personæ cohæret. *l. fin. C. de præscript. long. temp. l. fin. ff. de contrah. empt.* & in culpa est se adstringendo obligationi personali, à qua quis non liberetur rem cedendo *l. si cum fructuarius. ff. de usufr.* nec est in potestate debitoris, vinculum obligationis dissolvere. *l. sicut. C. de O. & A.* Quibus sanè non obstantibus putat *Bald.* quem sequitur *Jacob. de S. Georg. in vers. & unus ex dictis Vasallis &c.* Vasallum nihilominus feudo renunciare posse, modò interesse præstat. Assentior *Bald.* in eo, quod refutationem admittat : Est enim stipulatio accessoria quorumcumque contractuum, quæ non poterit principalis contractus naturam assumere. *c. accessorium. d. R. J. in 6.* Quapropter cum sit de contractus feudi natura, ut possit feudum refutare, non poterit eandem stipulatio immutare. In eo verò magnopere à *Baldo* dissentio, quod interesse hoc in casu à Vasallo exigat. Cum enim is ex jure & facultate sibi concessa a consuetudine feudum refutet, non video, qua ratione ad ullum interesse compelli possit. Nec enim quod lege permittente fit, ullam pœnam mereri poterit. *arg. l. Gracchus. C. ad L. Jul. de adult.* Atque hanc sententiam habet *Rosenth. d. c. 9. conclus. 58. lit. C.* ubi hoc habet fundamentum, quod aliàs & in omni refutatione possit dominus interesse exigere, quod tamen nemo dixerit, & *ut dictum est*, nihil hoc casu stipulatio plus operetur.

DISPUTATIO OCTAVA.

De Reliquis Feudi amiſsionum ſpeciebus & quibus amiſſum appli- cetur.

RESPONDENTE

URBANO PIPERO BERNAVIENSI MARCHICO.

THESIS I.

AMittit etiam Vaſallus feudum, ſi dominum in prælio non mortiferè, aut lethaliter vulneratū dimiſerit. *c.unic.in pr.quib.mod.feud.amitt.c.unic.§ final.de feud. ſin culp. non amit.* Dantur quippe in hunc finem feuda, ut ſi quando ne- ceſſitas poſtulet, ſervitia militaria exhibeantur, quæ tunc maxi- ma eſt, quando Dominus bello cum hoſte decernit. *Borth... c 8.n.86.de feud.* quod etiam tunc verum eſt, quando dominus victoria potitus eſt, aut illæſus evaſerit, aut à fratre deſerentis commune feudum tenente defenſus fuerit: quoniam qu[illegible]tum in ipſo fuit, perfidus extitit: Et aliàs notum ſit, quod ex fuga do- lus arguatur. *l. impuberibus. 7. §.1.ff de ſuſpect.tutor. Aymon. Crav. conſil 6.n.37.* & culpabilem faciat fugientem. *l.1.§.1.ibid Bart... ff de Ædil.Edict.Marc.Mantic.conſil.200 n.23.lib 2.* & mali exempli ſit. Ergò punienda *l.ſi quis aliquid 38.§.qui abortionis.5.ff.de pœnis* Quò memorabile exemplum Metii Suffetii pertinet, de quo *Livius. l. decad.1.*

II, *Niſi*

II.

Nisi forsan Dominus temeritate magis, quàm fortitudine mediam hostium aciem incurrat, nec Vasallus ipsi sine manifesto vitæ discrimine succurrere possit; tunc enim jure meritò excusabitur.

Quoniam non ita domino inserviendum, ut vitæ propriæ salutem, ipsius domini saluti præferat. *l. hactenus. in pr. 38. ff. de oper. libert.* Nec obstat *l 1. ff. ad SC. Syllan.* neq; enim bona est æquiparatio de servo ad Vasallum, quoniam domini major est in servos, quam senioris in Vasallos potestas. *Præpos. Matth. de Afflict. in c. 1. in pr. quib. mod feud amitt. Curt in tract. feudal. part. 4. n. 8. Schrader. Rosenth. c. 10. conclus. 11.* Vel etiamsi dominum juvare non potuit, puta brachiis abscissis, aut aliàs planè inutilis, gravi vulnere aut morbo affectus. *l. quæsitum est. 60. ff. de re judic. gloss in d. c. 1. Mozz. Ex quib caus. feud. amit. n. 95. Rosenth. d. c. 10. conclus. 10.* Aut cum dominus omninò erat periturus, ipse maturius sibi fuga consulat, vel existimaverit dominum mortaliter ictum, cum tamen vulneratus non esset. His enim casibus fugiens excusatur, & locum habebit Demosthenis responsio, cui cum objiceretur, quod ex acie fugisset, crimen hac responsione diluit, ἀνὴρ ὁ φεύγων πάλιν μαχήσεται, h. e. vir fugiens iterum pugnabit. *Borchold. d. c. 8. n. 86. Sonsb. p. 12. n. 14.*

III.

Similiter feudum amittit Vasallus, si dominum cucurbitaverit, i. e. cum uxore ejus concubuerit, vel concumbere se exercuerit.

d. c unic. quib. mod feud. amitt. c. 1. §. final. de feud. sin culp. amittent. Quæ enim uxori infertur injuria, marito illata censetur. *§. patitur. Instit. de injur. l. 1. §. final. ff. eod.* aut cum ea turpiter luserit, quem lusum *Lombarda lib. 2. tit. 54. l. si quis à modo*

in-

interpretatur manuum in sinum immissionem [illegible] ejus, vel alium locum, unde turpe esse possit. [illegible] *vers. luserit. post gloss. quib mod feud. amit.* Lu[illegible] enim [illegible] pa est *l nam lusus. 10. ff ad L. Aquil* & q[illegible]s letum [illegible] crimina oriuntur 3 *ut in Consil. Friderici Imper. cir.* [illegible] Ponit & *Jacob. Menoch. de arbitr. judic quæst lib. 2. c 267.* [illegible] exemplum in eo, qui deosculatus est do[illegible] mitti potest, si præter morem gentis id factum fuerit [illegible] *Illustris Baro à Tautenberg.* sentit *in d. c. 1. vers. item si fidelis.* [illegible] *feud. amit.*

IV.

Quid si Vasallus turpiter & inhoneste locutus est cum uxore domini sui, non tantum tetigit ejus personam: annè feudo privabitur?

Negant *Bald. Præpos. in d c. 1. vers item* [illegible] turpe est colloquium, quàm tactus, & in [illegible] pretatione benigniore utendum sit. *l.* [illegible] Neque distinguimus, volentibus an invitis fœminis Va[illegible] faciat: utrobique enim domini est injuria. *l. 1. §.* [illegible] *Curt. Jun. part. 4. n. 20 Zas. p. 10. n. 27.*

V.

Quid si rem habuerit cum Domini vidua?

Et quidem *Bald. in c. 1. §. si quis miles. num. 4. de feud* [illegible] *non amit.* negat, Vasallum feudo privari. *Schenck Baro in* [illegible] *1. vers. item fidelis. Vultej. c. 11. n. 31. de feud.* 1 quia *d. cap 1. §. si quis* [illegible], *de feud sin. culp. non amit.* Feudista requirit, ut cum uxore domini sui viventis concubuerit. A contrario igitur [illegible] dispositio *d. §.* non procedet. 2. quia major [illegible] defuncto, quàm illa quæ fit viventi, *juxta not. per Bart.* [illegible] *commissum. C. de fidei commiss* [illegible] pertinet, quod *Cr*[illegible] *in l. 4. §. Cato n. 1*[illegible]*8. de V. O.* qu[illegible] postquam mortuus [illegible] posset amplius offendi. 3 In [illegible] ver similitudo, an textu [illegible] omisso [illegible] statuisset. *l. tale pactum §. final.* [illegible] *gloss. de pact. l final. C. de pact.* [illegible]

[illegible]

instit. l. Titius. § Lucius. ubi Pa. l. de Castro & Alexand. de liber. & posthum. In stupro autem viduæ si Feudista interrogatus fuisset an ob id privari debuerit feudo Vasallus, verosimiliter respondisset, ex consuetudine usitata quod non; quoniam alia est ratio viventis mariti, alia mortui: illo siquidem casu cum uxor & maritus sint una caro *c. debitum. de Bigam. c. gaudemus. de divort.* non potest non gravissimè offendi maritus: & sic consequenter ubi injuria est, ibi & doloris levamentum erit, quod fiet, si marito & Domino feudum applicetur. Posteriore verò casu cum mortuus sit maritus non tàm ipsius, quàm hæredum dicetur dolor, qui cum non sit tantus in ipsis, quantus in marito, non similiter obtinebit juris ejus dispositio. Undè & Lex Maritum de adulterio tristem, dotium lucro ex parte placare, *argum. l. eum qui in pr. ff. de jurejur.* solet: Contrariam tamen opinionem, eamque affirmativam habuerunt communiter *Dd. Præposit. Matth. de Afflict. in d. § si quis miles. Rosenth c. 10 conclus. 51. cum ibid. citatis. Sonsbec p. 12. n. 6. Borchold c. 8. n. 96. de feud. Schrad. p. 9. c. 2. n. 5.* Quoniam in priore matrimonio vivere tandiu censetur, quandiu alteri nupta non est *l final. C. de bon. quæ liber. z. deinceps. vers. soluto. Nov. de Nupt.* & honorem, dignitatem, forum, domicilium, & privilegia mariti retinet. *l. fœmina. 8 ff. de Senat. l. filii. 22. §. vidua. & ibid. Bartol ff. ad Municipal. l. quoties. 3. & ibid. Bartol. C. de privileg. Scholar.* quæ sanè violare nihil aliud est, quàm manes defuncti funestissimè tentare. Nam si *Justinianus* viduam, quæ ad secundas nuptias transivit, dixit tunc defuncti memoriam offendere quantò potius id de eà vidua dicetur, quæ non legitimis, sed infami libidine cupiditatem suam satiaverit. *Auth. de Nupt. §. sin autem. l. lex. quæ. 22. §. lex enim. C. de administ. tut. vel curat.* Cui rei si Vasallus occasionem dederit, privabitur utique feudo. Deinde. tradunt nostri, quòd mulier mortuo marito committens stuprum perdat dotem. *Paul. de Castr. consil. 121. Crot. in d. §. Cato. num. 139. Thoming decis. 28. n. 2. Soaretz. lit. V n. 56. Clar. in §. stuprum enim. 5.* à fortiore igitur Vasallus cadet feudo, quoniam dos uxoris proprium patrimoniū est. *l. 3. §. 5. vers. ergo etiam ff. de minor.* Vasallus vero beneficio defuncti feudum habet, Ita ut si illa re propria privetur, utiq; rectius sic re ea, quæ nō ipsius tota est. Deniq; ex capite ingratitudinis hoc planissimè sequitur, quoniā negari

non poteſt, Vaſallum erga def[illegible] [illegible] ſtuprando. *d.§. de* [illegible] tentia vera eſt.

VI.

Quid ſi rem haberet cum [illegible]

Quia nec matrimonium ne[illegible] *uxor. 13. §. D. Severus 3. ff ad Jul. de ad*[illegible] *mod. feud amitt. p. 10. num. 27* plures al[illegible] *al d.* [illegible] *lit. D.*

VII.

Quid ſi cum domini concubina?

Idem ſtatuerunt *Ardiz. Bald. & alii* [illegible] *d. c. 1 quib. mod. feud. amit. Roſenthal. d. concluſ. 55. & alii apud* [illegible] *d. c.* [illegible] concubinatus licitus eſt de jure civil[illegible] *l. 1.* [illegible] *tot tit.* [illegible] inter concubinam & uxorem nihil inter[illegible] dignitatis. *l. idem legato. §. parvi ff. de leg. 3.* Deinde [illegible] juſta eſt exhæredandi cauſa filium paterna hæreditate. [illegible] Ergò etiam privandi Vaſallum feudo *c. 1. verſ* [illegible] *Quæ fuit prima cauſ. benef amit.* quod tamen negavit *Laudenſ.* [illegible] *c. 1.* [illegible] *item ſi fidelis. ibid. Picus & alii Sonsbec. p. 12. n. 22.* [illegible] *d. c.* [illegible] quoniam *in d. l. ſi uxor. §. Divi. ff. ad L. Jul. de adult.* dicitur, quod non poſſit quis jure mariti accuſare adulterii concubin[illegible] ſuam, qui tale privilegium fuit conceſſum veris conjugibus [illegible] aſſu[illegible]mus in caſu noſtro: Nam fuit conceſſum hoc [illegible] um domino, ut Vaſallus adulterans ejus uxorem a[illegible] dum & ad ipſum revertatur. Non ergò debet extendi ad adulterantem ejus concubinam, *arg. l. ſi verò. 64. §. de viro* [illegible] *trim.* Et maximè quando ſumus in pœnalibus & ex[illegible]bus à jure, in quibus non debet extenſio fieri de c[illegible] caſum. Facit regula noſtrorum, quod privilegium ab[illegible] tertii non debeat trahi de perſo[illegible] d perſonam. *l. no*[illegible] *ſi puella. ff. de rit nupt.* per quem textum hanc regulam tradit *Bald. in l. maximum vitium. C. de lib. prater.* Atque hanc opinionem [illegible] veriorem eſſe.

IIX.

Recte tamen superiora extenduntur in matre Domini vidua fortè existente. Zas. p. 10. n. 27. Rosenthal. c. 10. conclus. 56. Vultej. d. c. 11. n. 31. *Item filia Domini.* Borchol. c. 8. n. 92. Rosenthal. d. conclus. 56. *aut nepte ex filio.* d. §. item si fidelis. (a) *Item in sorore Domini adhuc in domo Domini manẽte, quæ in capillo dicitur, hoc est,* ut Hottoman. in lexic. feud. in verb. in capillo. interpretatur, *quæ nupta non est.*

(a) Qua de re nullum dubium est apud interpretes, *Vultejo. teste d. n. 31.* Solo *Cujacio* illud movente, qui vulgatam lectionem emendans sic legit: Aut nuru, id est, cum nupta filio: causam correctionis hanc adducens, quod aliàs non probè possit dari differentiæ ratio, cur Vasallus non æque, si neptem ex filia stupraverit vel adulteraverit feudo cadat, atque si delictum illud sit cõmissum in neptem ex filio. Cui rectè respondet *Vultej. d. n. 31.*

IX.

Cadit quoque feudo Vasallus, si dominum assalierit, hoc est, oppugnaverit vel castrum domini, sciens dominum vel dominam ibi esse.

d. c. unic. §. similiter. quib mod feud amit. nisi provocatus id fecerit. Vim enim vi repellere omnes leges, omniaq; jura permittunt, *l. ut vim. ff. de just. & jur. Sonsbec. p. 12. n. 39. Vultej. d c. 11. n. 20.*

X.

Item si fratrem suum occiderit, vel nepotem, id est, filium fratris.

d. c. unic. §. item si Quib. mod. feud. amit. c. unic. §. penult.

quæ fuit prim. cauſ. benef. amit. c. unic. An ille qui [illegible] *dom.* quod tamen ita demum noſtri verum [illegible] intentione occiderit, ut ipſe ſolus habeat feudum [illegible] tatem. *d. c. unic. An ille qui interfec. fratr. dom* [illegible] *Roſenthal. d. c. 10. concluſ. 64.* Quibus contra [illegible] *quib. mod. feud. amit. Vultej. d. c. 11. n. 34.* quia d. c. unic. [illegible] *fuit prim. cauſ. benef. amit.* legitur indiſtinctè, nec poteſt [illegible] tio, cur ad ſolum eum caſum extendi debeat. Vaſallus verò interficiens fratrem domini, non amittit feudum, niſi proditoriè, vel in odium domini id fecerit. *d. c. unic. An ille* [illegible] *dom.* Ratio diverſitatis eſt quia majus eſt delictum, in [illegible] ſanguinem, quàm extraneum ſævire. *Bald. Picus in d. c. u*[illegible] *liter. quib. mod. feu. amit. Borchold. d. c. 8. n. 103 & ſeqq.*

XI.

Illud tamen non lateat: quod ſi quis domino ſuo juſtitiam facere noluerit, feudum quod tenebat, perdit.

d. c. unic. verſ. illud tamen, quæ fuit prim. cauſ. benef. amit. Juſtitiam noluiſſe facere Vaſallus dicitur, ſi feudi ratione à Domino in judicium vocatus edictis non obtemperaverit. Nam etſi feudi amittendi nulla alia cauſa fuerit; tamen propter contumaciam feudo plectetur. *arg. c. unic. de milit. Vaſall. qui contumax eſt.*

XII.

Sed non eſt alia juſtior cauſa (ait Feudiſta) *beneficii amittendi; quàm ſi id, propter quod beneficium datum fuerit, hoc eſt, ſervitium facere recuſaverit.*

Aliud eſt, ſi forte ideò non ſervierit, quia non potuerit: tunc enim feudum non amittitur. *d. c. unic. verſ. ſed non eſt. Quæ fuit prim. cauſ. benef. amitt.* quod ita intelligitur, ſi Vaſallus ad præſtandum ſervitium vocatus fuerit, *c. licet Vaſallus. ſi de feud. de* [illegible] *content. ſit int. dom. & agnat.*

XIII. *Item*

XIII.

Item si delator Domini sui extiterit, ac per suam delationem grave dispendium Dominum sustinere fecerit.

d.c.unic.vers.Item si delator.quæ fuit.prim.caus.benef.amit. Delator propriè dicitur, qui rem ad fiscum pertinentem, eidem præmii causa denunciat. *tot.tit.C.de delatorib.& ibid.Cujac.* Nonnunquàm tamen delator pro accusatore sumitur, *ut in l.Senatus.15.l.deferre.18.§.iidem decreverunt.ff.de jur.fisc.* Feudistam verò non incommodè de utroque loqui accipimus. *Curt.p.4 in 29.causa privat.feud.Borchold.d.c.8.n.112.de feud.*

XIV.

Quid si autem Vasallus dominum justè accusaverit, annè feudo privabitur?

Equidem animadverto Feudistam *in d.c.unic.vers.item.si delator*, id considerare, an grave damnum per delationem Vasalli sustinuerit, quod fit plerunque justè accusando, quoniã injustæ accusationis nullus est, nisi gratia aut sordibus judicis effectus. Nec item alit vulgatum nostrorum Brocardium; Reipublicæ interesse, delicta puniri & manifestari. *l. ita vulneratus ad L.Aquil.l. eum qui nocentem. ff. de injur.* quoniam id facilè evertat arctissimum fidei & honoris Vasalli ad dominum vinculum, quod rectè ad advocationem producimus. *Zas.p.10.n.42. Rosenthal.d.c.10.conclus.35.* nisi eam suscipiat ex officio necessitate vel coactus à judice. *l.final. de inoff.testam.l post. legatum. §. advocatum.ff.de his quib.ut indign.Rosenth.d conclus.35.* quemadmodum etiam ad testimonii dictionem. *c.unic.vers.similiter.de consuetud. rect.feud.* nisi à judice coactus testificari cogatur. *Alvarott. in d. c. unic. vers. item si delator. Borchold c.8.n.128.* nihil interest civilis, an criminalis causa fuerit, vel etiam talis, undè infamia domino metuenda est. *Dd. communiter in d.c.unic.vers.item si delator. Rosenth.d.c.10.conclus.32.*

XV.

Undè inferunt nonnulli, eum interdicto

unde vi contra dominum exp[illegible] [illegible] sed pro eo actionẽ in factum int[illegible] [illegible]

arg. l. 1. §. interdictum hoc. 43. ff. de vi & vi armat. [illegible] quod libertus adversus patronum non possit [illegible] *unde vi.* A liberto autem ad Vasallum & econtrà [illegible] improbatur arguendi modus *Nicol. Everhar[illegible] in* [illegible] *à libert ad Vasall.* Unde quemadmodum libert[illegible] persona patroni esse debet *l. liberto. ff. de oblig.* [illegible] jam persona domini semper videri debet san[illegible] & honesta [illegible] sallo. *Nicol. Everhard. d. loco. n. 7.* Et hanc op[illegible] nem *Wesenb. c. 10. n. 15. de feud.* quam tamen imp[illegible] *org. in verb. Et dicti Vasalli pro dictis rebus, &c. n. 6. B*[illegible] *tej. d. l. 11. n. 27.* quia si dominus Vasallum non habet ut [illegible] non debet Vasallus habere ipsum domin[illegible] ut dicit textus *in c. esto subjectus. distinct. 95. ibi dic*[illegible] Ep[illegible] beant Clericos quasi Clericos, ut ipsis Episco[illegible] Clericis [illegible] Episcopis honor deferatur: Scitum est illud [illegible] cur ego te habeam ut Principem, cum tu me non [illegible] Sena[illegible] rem; Cui consentit illud *Lucii Crassi ad Phi*[illegible] ego te Consu[illegible] lem putem, cum tu me non putes Senatore[illegible] Et i[illegible]eò non potest dominus interdicto *und[illegible]* co[illegible]ventus [illegible] queri, debitum sibi honorem à Vasallo non ex[illegible]iberi, qu[illegible] noris reus arguitur, *l. 1. §. interdictum ho[illegible] ff. de vi & vi armat.* [illegible] malo more Vasallo vim intulisse dicitur. Non ob[illegible] tum à Liberto extructum: quia *ut Everbard d. l[illegible] c. n[illegible] 15.* [illegible] semper procedit à Liberto ad Vasallum ar[illegible]umentatio, [illegible] reat diversitatis ratio, quã addit *Jacob. de S. Geor[illegible] d. loc.* quia [illegible] *(inquit)* factus liber, de nihilo f[illegible]ctus est, [illegible]liqu[illegible]d, *l. quo*[illegible] *R. I.* quæ rat[illegible]o cessat in Va[illegible]allo, qu[illegible] est [illegible]iber homo. [illegible] sententiam usus & Cameræ Imperii approb[illegible] *M*[illegible] *vat. 9.* Quid si Vasallus accu[illegible]and[illegible] dominum, suam [illegible] injuriam persequitur? & non privari feudo mihi æ[illegible] videtur; quoniam se & suos defendere naturalis ra[illegible] *l. ut vim ff. de just. & jur. cum simil. Wes. c. 15. n. 5. Rosenth. c. 10. co*[illegible]

XVI.

Feudo itidem privabitur Vasallus, si do-minum

minum carcere inclusum, cum potuerit, non libaverit.

d c.unic. vers. vel si cognoverit. Quæ fuit prim. caus. benef. amit. Carcer enim mala mansio dicitur *in litem apud Labeonem. §. quæstionibus. de in,ur.* & atrocem injuriam refert. *Bald in c.unic. §. denique infra parricidii. Quæ fuit prim. caus. benef. amit* & libertatem, quæ res inæstimabilis est, *l. libertas ff de R.I.* aufert. *Roland. à Vall. 1. consil. 2. n. 48. Tiraquell. de pœnis. c. 41. n. 2.* modo non pro culpa dominus incarceratus sit. *Iul. Clar §. feudum. q. 24. n. 2. Borchold. d. c. 8. n. 114. de feud.*

XVII.

Sic feudum perdit, si totum vel ejus partem sciens inficiatus fuerit.

c.unic. vers. Vasallus si feudum. & vers. Vasallus feudum quod. Si de feud. defunct. content. sit. c. unic. §. final. de leg. Corrad. Idque in odium improbi hominis. qui beneficium per mendacium negat; quemadmodum & aliàs non uno in casu mendacium gravi pœna coërcetur. Undè qui inficiatur depositum tumultus, incēdii ruinæ & naufragii causa, in duplum condemnatur. *l. 1. deposit.* Fidejussor; qui inficiatur se fidejussisse, auxilium divisionis, sive Epistolæ Divi Hadriani perdit, *l si dubitet. 10. §. ita demum. 1. ff. de fidejuss. & mandator.* & qui legatum piis causis abnegat, in duplum condemnatur. *§. final. Inst de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. Borchold. d. c. 8 n. 115.* Idem est, si Vasallus non præcisè neget feudum, aut ejus qualitatem, si de ea dubitanter respondeat. *d. vers. Vasallus feudum. Zas. part. 10. n. 53.*

XIIX.

Quæritur an Vasallus feudo privetur, si instrumentū feudi inficietur? Affirmo in eo, qui recenter possessionem feudi nactus est.

Nego in eo, qui longo tempore vel antiquo possedit. *Andr. de Isernia in d. c. unic. §. illud. quoque præcipimus. n. 66. de prohib. feud. alien. per Frideric. & ibi Matth. de Afflict. n. 53.* qui addunt textum *in c. unic. §. si quis per 30. ann. Si de feud. defunct. content. sit,* qui vult præscriptione

ptione 30. annorum Vasallum tutū esse: [illegible] lutoria redderetur, si ultra temporis possessionem [illegible] lum suæ possessionis edere teneretur. *Borchold.* [illegible]

XIX.

Quæritur etiam, an Vasallus post inficiationem factam purgare possit suam contumaciam.

Quod admittunt *Burs. consil. 49. n. 20. vers.* [illegible] *ran. decis. 29. n. 13. & seqq* ita tamen, ut domino refundat expensas, & damnum propter inficiationem resarciat Quo usque. An [illegible] litis contestationem? *ut Alvarottus & Præpositus in c.* [illegible] *si de feud. defunct. controv. fuer.* & an etiam post? *ut* [illegible] *Matth. de Afflict. ibid.* Prius verius est *per l. si Insula* [illegible] vel quia litis contestatione contrahimus *l. 3. § idem scri.* [illegible] vel etiam, quia litem contestando coram paribus censetur [illegible] um ludere judices & dominum.

XX.

Necnon Vasallus contrahens amicitiam cum inimico vel hoste sui domini, feudum, quod à Domino habet, amittit.

c. unic. quo test. sunt. necess. contrahendo enim amicitiam cum inimicis, & ipse præsumitur inimicus, *l. libero. C. de* [illegible] *Clericus. distinct. 18. c. pervenit. 2. q. 7.* quod tamen cum effectu intelligendum est, ita ut amicitia illa non in nudis terminis [illegible] stat, sed ad hujusmodi aliquem effectum deducatur, ex quo dominus damnum aliquod [illegible] entiat. *Zas p. 10. n 32. Clarus in §.* [illegible] *quæst. 54. Grammat. decis. Neapol. 18. n. 6. Borchold. d. c. 8 n. 124.* [illegible] *c. 11. n. 29.*

XXI.

Quæritur a. utrum domino incumbat probatio, tractatum illum nocendi in amicitia copulata esse adhibitū: an verò Vasallo incumbat

bat probare ejusmodi alicujus tractatus mentionem factam non esse.

Posterius affirma: *gloss. in d. c. unic. vers. item si fidelis Menoch. consil. 102. n. 11 Mozz. Ex quib. caus. feud. amit.* Quoniam dominus habet pro se hanc præsumptionem, quod inimico amicus ipse sit inimicus. Alii prius dicunt, ut videre est *apud Rosenth d. c. o. conclus. 27.* quos sequitur *Vulte, d. c. 11. n. 29* Quoniam negat Vasallus; factum autem negantis per rerum naturam nulla est probatio: *l. 2. de probat. l. 23. C. eod. tit.* Deinde quia amicitiæ copulatio non est de rebus natura sua prohibitis. Ideoque Vasallus operam dans rei licitæ, non præsumitur esse in dolo,

XXII.

Vasallus itidem proditor sivè sui domini, sive alterius, amittit feudum.

c. unic. An ille qui interfec. fratr. domin. tùm quia feudum à fide dicitur. *c. 1. §. nulla per quos fiat investit.* & proditos omni prorsus fide careat: tùm quia proditor diis & hominibus exosus est. *Hippol. de Marsill. singul. 16.* Unde proditorum insignia delentur. *Roman. singul. 474. & singul. 666. Tiraquell. de Nobilitat. d. n. 120. Sonsbec. p. 9. c. 3. n. 65.* nec vox proditoris auditur. *c. caveat. 3. q. 9. Borchold d. c. 8. n. 125.*

XXIII.

Vel si secretum sui domini revelaverit.

c. si capitanei. 1 quib. mod feud. amit. c. unic. de form fidel. cap. unic. de nov. form. fidelit. scienter & dolo malo, & animo dominum afficiendi damno, & sicuti nonnulli volunt, ut revera damnum subsecutum fuerit. *Alvarott & Prap. sit. in d. c. si capitanei. Jacobin. de S. Georg. in vers. dicti Vasalli promiserunt non com mit. & c. n. 28. Zas. p. 10. n. 34. Sonsbec p. 12. n. 62. Wesemb. cap. 15 num. 6. de feud.* quod tamen improbant *Matth. de Afflict. in d. si capitanei. n. 22. Borchold. d. c. 8. n. 126. Schrader. p. 9. c. 5. n. 50.* tùm quia textus feudalis hanc conditionem non requirit *in d. c. si capitanei.* tùm quia revelando secreta crimen proditionis incurrit: quo casu quin statum nullo attento damno feudo cedat, nullũ dubiũ est.

D[illegible]que quia revelator secretorum [illegible] fidelitatis *c. unic. qualiter Vasall. jur. d[illegible] c. un[illegible] de form. [illegible] c. [illegible]dit. de nov form. fidelit.* Certum autem esse, [illegible] mentum facit, licet nullum subsecutum sit [illegible] amittere.

XXIV.

Quemadmodum & ille feudo pr[illegible] gnus est, qui beneficio sibi concesso [illegible].

c. Frideric. §. quicunq, advocatiam de pac. tenend. R[illegible] *Jacobin. de S. Georg. in d. vers. & dicti Vasalli promi[illegible]*, [illegible] quia Vasallus æquiparatur usufructuario. *c. unic. [illegible] caus. feud. amit.* Usufructuarius autem malè utens usu[illegible] privatur eo *§ fruitur. Instit. de usufr. l. sic amplius. in [illegible]* Ergò & Vasallus suo feudo. Abutitur feudo, si subditos [illegible] tractaverit, eos turpè vel corporaliter lædendo, vel pec[illegible] iis indebitè exigendo. Superiorem enim offend[illegible] censetur, qui subditis injuriam facit; & quis lædi intelligitur [illegible], quàm per suos. *c. 1. §. damna. de pac. constit. fac. c. [illegible] de sentent. excommun. lib. 6.* usque adeò, ut propter vexationem subditi domino actio injuriarum detur. *Aymon. Cravett. consil. 31. n. 2.*

XXV.

Quæritur a. an monitio superioris præcedere debeat ad hoc, ut amittat feudum Vasallus?

Affirmant *Roland. à Vall. consil. 18. n. 79. volum. 3. Cravett. cons. 6 n. 108. Hartm. Hartm. in pract. observ. tit. de feud. observ. 37.* quos [illegible] & sequitur *Borchold. d. c. 8. n. 130. de feud.* quibus contradi[illegible], quoniam ipsa ratio naturalis satis ipsum monet, non l[illegible] subditos sævire; & probat *l. li[illegible]rtos. C. de obseq. patr. præst.* [illegible] amplius certiorandus & monendus non sit. *arg. l. 1. in fin.* [illegible] *vide Amanell. de claris Aquis. singul. 37. Grammat. decis. 104.* [illegible]

XXVI.

Et quia natura novas deproperat edere formas, potest multis modis contingere, [illegible]

emer-

emergant causæ, quibus videatur justè adimi posse feudum. Ideoq; judex solers & discretus, & æquitati obsecundare sollicitus, cuncta subtiliter dispensans, providebit, si qua antiquioribus causis similis seu major: ut proinde sciat, utrum beneficium sit amittendum, an nihilominus retinendum; ut legitur apud Feudist. in d. c. unic. §. sed quia natura. quæ fuit prim. caus. benef. amit.

XXVII.

Quæritur, an Vasallus iisdem de causis feudo privetur, quibus filius exhæredari; Novel. 115. c. aliud quoque. *Donatio revocari.* l. ult. C. de revocand. donat. *Matrimonium dissolvi.* l. 8. C. de repud. *possit?*

Tradi id pro regula solet à nostris; sicuti apparet ex *Borch. d. c. 8. n. 131. Duar. c. 14. n. 25. Hannet lib. 3. de Feud. c. 10 Rosenthal. d. c. 10. n. 5.* ubi citant *in d. c. 1. §. predict. mod.* Gloss. *Belvis. Bald. Isern. Alvarot. Laudens. Luan. Præposit. Schenk. Quæ fuit prim. caus. benef. amit. Jacob. in vers dictiq; Vasalli promiserunt non committere. & c. n. 30. Jas. in prælud. feudal. Zas. p. 10 n. 23. Thoman. de Marin. lib. 6.* Moventur *d. c. 1. §. predictis modis. Quæ fuit prim. caus. benef. amit.* ex quo id communiter colligere Feudistas dicit *Curt. p. 4. n. 77.* & in specie *Alvarott.* subjiciens rationem: quia eadem æquitas, quę est in illis, insurgit etiam in hac feudi privatione, ideò meritò verisimiliter idẽ judicari debet. Ubi enim est eadem ratio, ibi & idem jus statuendum *l. à Titio ff. de V. O. l. illud. ff. ad l. Aquil. l. final.* C. ad L. *Falcid.* Verum illam opinionem non recipit *Curtius d. loco. Duar. d. n. 25.* Nam admissa regula prædicta, scil. iisdem de causis feudum amitti,

quibus filius exhæredatur, matrimo[illegible] revocatur, sequeretur, quemadmodu[illegible] usu adulterio. *d. l. consensu. 8. C. de Repud* [illegible] vari feudo ex omni adulterio, quod tamen [illegible] rejicitur textibus feudalibus, qui solum enumera[illegible] sonas, cum quibus Vasallus coëundo feudo [illegible] *mod. feud. amit. c. 1. § rursus. quæ fuit prim. caus. benef.* [illegible] *sensu. 8.* permittit matrimonium dissolvi, si ma[illegible] sit. Quapropter ex doctorum regula, si Vasall[illegible] rit, feudo privabitur, quod falsum est. Nam etsi fra[illegible] interfecerit, non tamen feudum perdit. *c. 1. An ill[illegible], qu[illegible] fratrem domini.* Atque horum sententia haud dubiè ve[illegible] quam videtur recipere *Rosenth. d. c. 10, conclus.* [illegible] Q[illegible] *quit)* intelligi oportet, modo tale quid in do[illegible] sit, non etiam semper, si in Vasalli patrem: & modo in jure [illegible] dali non sit in usu aliquo contrarium receptum, & [illegible] materiæ possit esse conveniens. Non obstat *d. § pr*[illegible]: quoniam id saltem vult ostendere, quid cau[illegible], quas recensuit, æquitati juris non tantum na[illegible], verum etiam civilis respondeant; ejusque rei argum[illegible] quod [illegible] lius ex ejusdem causis in constitutionibus civi[illegible]bus exhæreda[illegible] tur, matrimonium solvatur, donatio revocetur. *Duar. p*[illegible] *tium. d. loco.*

XXIIX.

Illud nunc monendum est, quod sicuti V[illegible]*sallus ex supra memoratis causis feudo pri*[illegible]*tur; ita dominus quoq; ex iisdem ca*[illegible] *prietate privari possit?*

c. unic. §. domino si de feud. def. [illegible] *controv.* [illegible] *er. c. un*[illegible] *minus propriet. &c.* Dominus enim tenetur Vasallo ad p[illegible], vel uti *Feudista loquitur,* vicem fideli suo reddere debet. *c. unic.* [illegible] *minus. de form. fidelit.* Cujus rei exemplum memora[illegible] de R[illegible]ge Eripeo, *in annalibus Franciæ,* qui proprietatem f[illegible] Pontificis, ob interfectum Vasallum perdidit, c[illegible] dum esset regni Franciæ. *Duar. c. 15. n. 3. de Feud.* Et de G[illegible]

Ter-

Tersia, Barone Castrabelmontis provinciæ Calabriæ, refert *Thomas Grammat. decis. 104.* Et de Imperatore Germanorum Wenceslao, *ut constat ex Münstero lib. Cosmograph. 3.* ex quo formulam abrogationis recitat *Hottoman. disput feud. c. 41.*

XXIX.

Superest videamus, quibus amissum feudum applicari debeat?

Dubia hæc quæstio est: procedam per regulas. Prima est: Feudum novum ob delictum amissum, sive in personam Domini, sive in alium perpetratum sit, ad dominum redire. *c. 1. §. final. Quæ fuit prim. caus. benef. amit. c. 1. §. cum autem. An ille qui interfec. fratr. dom. sui & c. c. 1. §. Callid. de probib. feud. alienat. per Frider.* quam confirmat multis authoritatibus *Rosenthal. c. 11. conclus. 1.* Et *Curt.* dicit *part. 5. n. 9.* quod sit ista clara & expedita conclusio, à qua nullum reperiat discrepantem. *Vultej. d. c. 11. n. 70. de feud.* Altera est: Feudum antiquum, si in dominum peccatum sit, ad eum redire; quæ distinctio tàm ratione, quàm moribus comprobata est, ut ait Feudista *in d. c. 1. § deniq. Quæ fuit prim. caus. benef. amit.* quoniam æquum est, dominum habere injuriæ sibi illatæ hanc ultionem. An autem perpetuò, vel saltem usque ad vitam Vasalli delinquentis penes dominum maneat? controvertitur. Posterius probant *text. in c. 78. & c. 98.* in cujus posterioris contextu negativam abundare rectè monet *Cujac.* Nam hoc modo & Domino prospicitur, quia feudo fruitur, & agnatis jus quæsitum non intervertitur. *Hartman. Pistor. q. 15. n. 37.* quam tenent plures allegati *à Vultej. d. c. 11. n. 71.* Tertia est: Feudum ex alio delicto amisso, quàm in dominum comisso pertinet ad agnatos. *d. c. unic. §. 3. Quæ fuit prim. caus. benef. amit.* quam pluribus allegatis comprobat *Hartman. Pistor. quæst. 15. n. 1. Rosenth. d. c. 11. conclus. 9.* neque opus est, ut agnatus in occupando feudo eo usque expectet, donec Vasallus delinquens sit mortuus, sed feudum quàm primum ad agnatum redit. *Isern in c. 1. §. hoc quoq. de success. feud. Pistor. d. q. 15. n. 3.* Et quidem etiam ad illos, qui tempore commissi feudi constituti sunt intra quartum gradum Etiamsi multi contrarium volunt, sicuti patet *apud Pistor. d. q. 15.* Ratio hujus conclusionis est, quoniam proximiores deliquen-

tis Vasalli odio minimè prægravari debent. *l. crimen. ff. de pœn. l. sancimus. C. eod. l. tutorem. ff de his quib. ut indign. l.* [illegible] ipsis tam jus imò potentius, quàm ulte[illegible] quæsitum [illegible]. Denique probat id evidenter *c. 1. An ille qui interfec. frat.* [illegible] & hæc quidem *in delictis* obtinent. *In alienatione* res intricata est, cui sc. feudum cedat alienato feudo à Vasallo? Prolixè [illegible] *Hartman. Pistor. q. 17.* Dicimus ad Dominum pertinere. Ratio [illegible] quoniam in dominum delinquit; eum quippè contemnit [illegible] *aut si libellar. & seq. Quib. mod feud. amit. c. 1. quid jur. si Vasall. po*[illegible] *nat c. imperialem. § callidis. de prohib feud. alien. per Frideric. c.* [illegible] *sall qui contr. constit. Lothar.* quod restringit *Hartman. Pistor.* ad vitam Vasalli delinquentis, quæ sententia æqua est, ne aliàs [illegible] eis jus quæsitum facto alterius adimatur, *contra l. id quod n*[illegible] *ff. de R. jur.* Eadem obtinere volumus propter rationem identitatis in non petita investitura. *Vide Hartman. Pistor. quæst. 18.*

DISPU-

DISPUTATIO NONA ET ULTIMA FEUDALIS.

De Actionibus Feudi nomine competentibus & judicio Feudali.

RESPONDENTE

BENEDICTO PAULI OSTERBURGENSI MARCHICO.

THESIS I.

SUperest, ut judicia feudalia, tanquàm omnium hactenus propositorum, effecta declaremus; quæ in re tria principaliter sese nobis consideranda offerunt. 1. Quæ actiones feudi nomine competant. 2. coram quibus illæ proponantur. 3. Quis sit modus eas proponendi ac exercendi.

II.

Et quidem quod primum attinet, sciendum est, cum feudum utriusq; tàm domini, quàm Vasalli gratia concedatur, utriq; quoq; ejusdem nomine actiones competere, quæ vel in personam, vel in rem sunt.

III. *Et*

III.

Et quidem, si de Vasallo competentibus actionibus quæratur, inspiciẽdum ante omnia erit, agat contra dominum de feudo duntaxat promisso, vel etiam tradito: Illo casu pro modo factæ promissionis datur actio. Si enim feudum promissum sit stipulatione; actio ex stipulatu: aut testamento; ex testamento: aut donatione; ex donato competit.

Etsi enim promissione jus nullum in re constituatur, sed obligatio saltem personalis acquiratur, tenetur tamen dominus ex ea ad feudi traditionem, & moræ ab ipso contractæ emendationem. *c. unic. vers. si facta si de feud. defuncti. consens. fit. c. unic si de invest. feud. cont. fuerit.*

IV.

Si verò feudum traditum sit à domino, idque casu aliquo ad extraneum pervenerit, Vasallus habet potestatem, ut tanquàm dominus possit à quolibet possidente sibi id quasi vindicare.

Uti loquitur Feudista *in c. unic. vers. rei autem. de invest. de re alien. fact.* Et rectè quasi vindicare: qualis enim est causa, talem etiam ut subsequatur eam effectus, necesse est. causa autem vindicationis est quasi; vel ut Dd. verbo magis quam sensu incongruo dicunt; utile dominium, quod oppositum dominio directo non nisi utilem vel quasi vindicationem parere potest.

V.

Hacq; eadem etiam contra dominum ex-

peritur, si ad ipsum sine voluntate Vasalli feudum pervenerit.

Est enim actionis in rem natura contra quemlibet possessorem dari. *l. officium. 9. ff. de R. V.* Qua in re hæc actio similis est actioni vectigali; verum dissimilis publicianæ, quæ non datur contra dominum. *l. penult. & ultim. de public. in rem. act.* Ratio differentiæ est, quod in illis consensu Domini jus tenet actor; in hac non item.

VI.

Sed et si Vasallus non prædium, sed servitutem prædio feudali debitam petat, hac actione experitur.

d. c. unic. vers. rei autem. de restit. de re alien. fact. Quia in re Vasalli, quam usufructuarii, cui non datur servitutis vindicatio. *l. 1. l. 5. §. utrum. ff. si ususfruct. petat.* plenius jus est.

VII.

Datur itidem Vasallo actio evictionis, quam alii condictionem ex moribus; alii præscriptis verbis dicunt, contra dominum, si feudum quod concessum est, evictum fuerit. cap. unic. in principio. de investitura de re alien. fact. *dummodo ante sententiam auctorem suum, h. e. dominum vocaverit, ut se defenderet, & rem alienam fuisse ignoraverit.* c. unic. si de feud. Vasall. ab aliq. interpel. fuer.

Atqui inquies, donator non tenetur donatario ad evictionem. *l. 1. C. de evict.* cui tamen Vasallus perquam similis est. *c. unic. in fin. in quib. caus. feud. amit.* oppones itidem, quod tradita sit re-

 gula

gula à *Paul. lib. 5. sentent. tit. 11.* quod lucrat[illegible] evictionis actione depellantur. Verum hæc non o[illegible] feudali jure. *d c. unic. de investit. de re alien. fact.* quia non est [illegible], sed ob causam sc. servitiorum, donatio, quæ cum præstare paratus est Vasallus, non iniquum fuerit, in vicem eorundem [illegible] dum ejusdem bonitatis reddi.

IIX.

Quæritur an interdicta possessoria Vasallo contra dominum concedi debeant?

Et quidem adipiscendæ vel retinendæ possessionis interdicta eidem danda esse communis est conclusio. *Menoch. de retinend possess. remed. 3. n. 81.* Dubium verò est, an recuperandæ possessionis interdictum, unde vi eidem indulgeri debeat? quod communiter negatur. 1. quia à liberto ad Vasallum valet argumentũ. Atqui libertus non intentat hoc interdictum contra patronũ. *l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi armat. l. 2. de obseq. à lib. & libert. præstand.* Ergò. 2. quia non potest dominum quantumvis justè accusare, si grave dispendium ei infert. *c. unic. vers. item si delator. Qua fuit. prim. caus. benef. amitt.* quod haud dubiè fit, si contra ipsum interdicto unde vi experiatur. 3. ut omittam apud graves & honestos viros ejusdem famam laborare, quam tamen sartam tectamque vigore juramenti Vasallus servare debet. *c. unic. de form. fidelit.* Alii & quidem rectius affirmant. 1. quia dominus Vasallo ad paria tenetur. *c. unic. vers. dominus. de form. fidelit.* Quapropter si Vasallum vi expellat, non fidem, quam Vasallo debet, ei præstat. Ergò frangenti fidem fides frangatur eidem. 2. per *c. unic. vers. si verò Vasall. de milit. Vasall. qui contumax. est. ibi:* si dominus feudum malo ordine intravit, quod fit per violentiam, potest dominum accusare. 3. quia nullibi jure feudali hoc denegatur Vasallo. Ergò ex dispositione juris communis, quo contra omnes interdictum unde vi non exceptos conceditur, illud Vasallo applicari debet. *argum. c. unic. de feud. cognit.* 4. Quia si dominus Vasallum non habet ut Vasallum, nec Vasallus dominum ut dominum habere cogitur. *c. esto subjectus. d[illegible]*

Non obstat. 1. argumentum contrarium, quia diversa est ratio hæc in casu liberti & Vasalli: quia libertus de servo factus est liber,

ber, atque ita de nihilo factus est aliquid. *l. quod attinet de R. Jur.* quæ ratio cessat in Vasallo, qui ejusdem cum domino est libertatis, & pro feudo servitia præstat. Secunda objectio fallit, si suam suorumque injuriam persequatur. *arg. l 3. de just. & jur.* Qua responsione corruit similiter tertia objectio.

IX.

Domino econtrariò datur contra Vasallum directa vindicatio, qua vel negat in feudum rem datam esse. c. unic. vers. si verò Vasallus. quid sit investit. *vel feudum repetit, quia Vasallus ad domini requisitionem servitia præstare recusat, aut aliam quamcunque feloniam committit; quam ob causam & condictio causa data, non secuta eidem conceditur.* c. unic. de feud. sine culp. non amitt.

Nam cum feudum ob hanc causam, i.e. finem concedatur, ut fidelis sit; si malefidus existat, non immeritò feudo privatur. *c. unic. de form. fidelit.*

X.

Quo casu nec in vel contra hæredes actiones ob feloniam competentes transeunt, quia sunt pœnales. l. sicuti. l. toties. l. pupillum. 111. §. In hæredem. 1. de R. J. *nisi dominus vivo Vasallo morte præventus aliavè justavè causa impeditus querimoniam omiserit.* Curt. Jun. p. 4. num. 116. Clar. §. feudum quæst. 64. num. 1. *tunc quippè transire*

non solum ad hæredes, sed hæredum hæredes, communis est conclusio. arg. l. videamus 17. & l. seq. & ibid. Bartol. ff. quod met. caus. l. putes. §. quindecim. de legat. 3.

XI.

Dantur itidem Domino interdicta possessoria, non tantum si ipse turbetur aut spolietur civili sua possessione; à quocunq; etiam illud fiat, etiamsi sit Vasallus ipse, quod tum potissimum fit, si Vasallus debita servitia præstare recuset: sed etiam, si Vasallus ipse turbetur, vel dejiciatur, & Vasallus agere vel non possit, vel nolit. Duar. c. 19. de feud. Menoch. 1. recup. n. 86.

XII.

Quæritur, an reconventio in feudalibus judiciis locum habeat?

Quod videtur admittere *Andr. Gail. 1. obser. 1. n. 57.* ea ratione; quia judices sunt ordinarii, habentes jurisdictionem à lege: Et quia regulariter locum habet reconventio, etiamsi à causa conventionis sit prorsus alia *l. cum Papinianus. cum Auth. seq. C. de sentent. & interloc.* Cujus sententiam tunc demum admittunt alii, dummodo causa reconventionis sit feudalis, aut certè talis, quæ causam reconventionis aliquo modo concernat. *Mynsing. 4. observ. 90. Hartman. Hartm. pract. observ. tit. 54. de feud. observ. 27.*

XIII.

Videamus nunc, coram quibus actiones ha-

hæ proponantur; quâ in re sic distinguimus: aut contentio est inter Vasallos de feudo regali, aut de feudo non regali: & tunc vel inter ipsum dominum & Vasallum de feudo est controversia; vel inter Vasallos tantum. Priore casu, quando sc. contentio inter Vasallos est de feudo regali, h.e. Ducatu, Marchionatu vel Comitatu, solus Imperator controversiam definit, h.e. de causa illa cognoscit.

c.unic.apud quem vel quos controvers.feud. defin. cujus rei ratio *secundum Baldum* est, quod feudum sit quoddam privilegium: ubi autem est contentio de privilegio concesso à Principe, solus ipse cognoscere debet *c.cum venisset.ext. de judic.*

XIV.

Quod usq; adeo verum est, ut ne Cameræ Imperialis, quæ alioquin per modum contractus ex Ordinatione Cameræ concurrentem habet jurisdictionem, & ipsum Imperatorem repræsentat, de talibus feudis cognoscere possit, sicuti constat ex ordinat. Camer. p.2 tit.7.

XV.

Cum autem inferioris gradus Vasalli, qui ab Imperatore feuda recognoscunt, inter se disceptent; præventio locum habet, ita ut si

partes prius Cameram, quàm Cæsarem adeant, & citationem petant; jure præventionis illa decerni, & causa ibidem agitari possit. c. cum plures. de offic. deleg. in 6. Gail. 1. observ. 29.

XVI.

Quodsi autem controversia sit de feudo non regali inter dominum & Vasallum; pares Curiæ, id est, convasalli judices erunt.

c. unic. §. præterea. de prohib. feud. alien. per Frider. c. unic. ver. similiter. de alien. pater. feud. c. unic. §. final. quo tempor. mil. investit. pet. [illegible] Et quidem omnes, sive sint ejusdem, sive etiam inferioris conditionis, veluti Dominus, Comes, Pares, Nobiles.

XVII.

Quod etiam tunc obtinet, quando inter Imperatorem & Vasallum de feudo non regali lis esset.

Menoch. retin. possess. remed. 3. n. 438. Non regali dico; si enim de regali contentio sit, etiamsi causa Imperatorem concernat, ut qua alteri de Evictione teneretur; nihilominus judex erit, quia non præsumimus, eum ob hæc quippiam præter justitiam facturum. *Sonsbec. p. 14. n. 19. de feud.*

XIIX.

Quando autem contentio est inter ipsos Vasallos, tunc feudi competens est feudi dominus. c. unic. §. præterea. de prohib. feud. alien. per Frider.

Nec

Nec interest, dominus sit laicus an Clericus: hoc quippè casu laici personam sustinere censetur, & feudum hoc seculare penes Ecclesiasticam personam existens, non mutat suam naturam; sicuti nec refert, Vasalli Clerici an laici sint. Utroque enim modo dominus inter eos judicat *Duar.c.20.in fin.de feud.*

XIX.

Restat ordo ac modus actiones proponendi & exercendi; qui cum in plerisq; cum civili progressu congruat; ut enim hoc, sic & feudali processu offerendus libellus, adversarius citandus, lis contestanda, & similia ad processus judiciarii substantiam pertinentia custodienda sunt: In paucis verò discrepet, quæ cum ab aliis annotata, & cuivis obvia sint, eorum recensione supersedebo.

Feudalium Disputationum FINIS.

DOMI-

DOMINICI ARUMÆI FRISII J. U. D. PROFESSORIS PUBLICI

AD

Laudatissimi Imperatoris Justiniani Institutionum libros Exercitationes.

EXERCITATIO PRIMA.

RESPONDENTE

WOLFGANGO SIGELIO EIBENSTOCHIENSI.

Thesis I.

CHristianis ethnicorum legibus uti prohibitum non est.

I. Quia mandatis Principum pietati & honestati convenientibus obediendum est. *Jos. c. 22. v. 1. 2.* At talia sunt mandata Principum & responsa JCtorum Corpori Juris [illegible] inserta. *§. juris autem Inst. de just. & jur.* II. Quia Evangelium [illegible] non tollit politias. *Matth. 22. v. 21. Marc. 12. v. 17. Luc 20. v. 25.* unde D. *Paulus* ex lege Imperii ethnica pulsatus, Cæsarem appellat [illegible] *v. 8.* III. Quia Ecclesia vixit sub Monarchis aliquibus, qui veram religionem respuebant, ut Babylonicis, Persicis, Græcis. Et tamen Propheta *Jeremias* [illegible] exsulibus in Babylone, ut pro rege Babylonico [illegible], [illegible] *Paul. in Timoth.* [illegible]. IV. Quia [illegible] utimur non [illegible] ll. sed propter approbationem & authoritatem Impp. [illegible] norum ut nostris [illegible] *de testam n. 8.* Obstat, quod nonnunquam juri naturæ repugnant, ut in usucapionibus & similibus videre est. Resp. non repugnant simpliciter, sed quod jus naturæ dicit in genere, id jus civile quasi per species explicat, & ad varios vitæ humanæ [illegible],

& factorum themata accommodat, ut utilitas, sinasque publica postulat. *Eleganter Duar. in l. 1 ff de pact.*

ADDITIO.

Vereor ego nonnullorum morsus, ne quæ pietatem lædant, inculcare prætendant. Nota enim plerorumq; JCtorum in Deum unum & verum impietas, & summa Impp. nonnullorum in Christianos severitas. Sed à nobis antiquitatis summus est consensus. Nam, vigente sævissima piorum, impiorum Impp. persecutione, nullus tamen unquam, qui vocem hanc Christi: *Reddite quæ sunt Cæsaris Cæsari. Matth. 22.* non exactè & ad amussim sequendam præceperit, & pro Impp. vita ac salute orandum monuerit: indicat id *Tertullian. in Apologet. cap. 39. Oramus*, inquit, *pro Impp. pro ministris eorum, ac potestatibus, pro statu seculi, pro rerum quiete, &c.* nec sanè quicquam, etiamsi purioris doctrinæ aura eis non affulserit, impedimento est, quo minus in vita communi & politica eam præstiterint prudentiam, quæ tranquillitatis popularis conservandæ ergò hominum in societate requiritur. Quod ipsum felicissimè Lacedæmoniensium, Atheniensium, Romanorum & aliorum administratarum Rerump. instituta ac leges demonstrant, quod si verò in nonnullis regulam salutis contra depræhendantur, ad Evangelii vocem, Deo *magis quàm hominibus parendum esse*, prædicantis recurrendum erit: Quo pertinet illud:

Danda opera est magnis, sed non cum vulnere mentis.

II.

Pugnantia legum in jure reperitur & qualiter?

Qua de re ne multis agam, instituti ratio non patitur, indicant saltem illud nostrorum emendationum, opinionum, ἐναντιοφανῶν, conjecturarum libri: Hoc tantum explicandum, quid sibi velit *Imp. in l. 1. §. nulla. C. de vet. jur. enucl. & l. 2. §. contrarium. eod.* Nec enim *L. Vallam* aut *Budæum* (hunc quamvis excuset alibi *Conan.*) simpliciter id admittentes, audimus: sed dicimus, nullam esse pugnantiam, nullum locum contrarium, quorum uterque pro jure observetur: quinimò unus ex iis expressè, confestim *Justiniano* authoritatem suam interponente, reprobatur, si qui collidere (quod sæpè fit) inter se videantur. Sed di-

ces, cur hæc diversa & contraria responsa ... fuerint ... sunt: ℞. illud historiæ causa factum esse, ... contraria sensisse constaret, & ... ut ... præstiterit intelligeremus.

ADDITIO.

Nemini ignotum est, etiamnum ... juris ... sectarū dissensiones superesse, quas, ... maxime id voluerit ... bonianus, tollere tamen & ex ... parte ... non ... hodie mirandum sit, plurima reperiri, in quibus mediato ... lus, quod tamen plerumque *Justinianum* agere demonstrari ... exstet, in quibus omninò id sequimur, quod idem nobis ... psit *in l. 2. § contrarium. C. de vet. jur. enucl.* subtili ... ... veritatis rationes inquirendas esse. Modum autem ... vide apud *Mercer. in suo conciliator. Alber. Gentil. 1. lect. var.* ...

III.

Jus magna ex parte à natura originem trahit.

1. Quia rationis natura participes sunt homines ... juris. *Corras. 1. de art. jur. c. 3.* Opponitur l. quod jus ... per consequens à natura dici nequit. *§. sed naturalia ... &* C. ℞. duplex est ratio juris in ll. una à natura habetur, ... est immutabilis; altera à ll. & hæc est mutabilis. *Conan. ... Comment. 1.* Opp. 2. dura quamvis lex est, tamen servanda est, ... JCtus *in l. prospexit. 12. § 1 ff. qui & à quib. manumissi.* Ergo ... tate magis, quàm ratione naturali jus constat, ℞. non ... *dura quamvis lex est*, nihil aliud apud JCtum significat, ... cet legis nobis incognita sit ratio, cum certa exstiterit ... quam motus legislator *in d. l. prospexit.* usita ... sequenda est, quo spectat *l. non omnium. 20 ff. de LL.* ... Rigor tamen *d. l prospexit.* extat ... *l. Jul. de adult.* Opp. 3. Principem legem posse condere ... *constit. Princip.* E legum vis ex hominum, non natura ... dependet. ℞. in ejus tamen placitis ratio principatum ... debet, & justitia præesse, cumque juris naturæ regulis ... te, aliàs juris appellatione non æstimabuntur.

IV. *Ha-*

IV.

Unde jus dicitur? R. à jubendo.

Cum Donell. 1 comment. 4. Opp. quod dominorum, parentum & aliorum privata jussa multa sint, quæ multum à jure differunt, ℞. jus propria ratione rectè jussi nomen per excellentiam obtinere, in quo præter cætera præcipua est & efficax cùm jubentis potestas, tùm jussus authoritas, quibus jussa istorum destituuntur.

V.

Jus justitianè prius sit? inquiritur?

Quod *cum Ulpiano* omissis pediculosis Grammaticis nego. *l. 1. in pr. ff. de just. & jur.* cujus disputationem sic colligit *Cujac.* Jus est ars æqui & boni. Ars posterior est eo, quod arte continetur. Arte autem æqui & boni Justitia continetur. Ergò justitia prior est jure. *Opp.* quod jus naturale cum humano genere extiterit, atque ita prius justitia fuerit. ℞. Nos loqui de illo jure, quod in *d. l. 1.* ars æqui & boni definitur, videl. de doctrina juris sive jurisprudentia. At jus, sicut in natura positum est, ars dici nequit. *Wesemb. in ff. h. t. n. 14.* de simplicibus & compositis vocibus, *vide Borchol. ad pr. h. t.*

VI.

Definitur rectè jus à Celso, *Ars æqui & boni: cum quo* Ulp. *convenit.* in l. 10. h. t. & Imp. in §. 1. Inst. h. t.

1. Quia Rubrica *in Instit. de just. & jur.* concepta est, nec ulla juris, sed tantùm *jurisprudentiæ* definitio subjicitur. 2. quia reipsa conveniunt: ut enim per artem boni intelligimus jus publicum, per artem æqui jus privatum: ita per verba illa: *notitia rerum divinarum & humanarum:* intelligimus jus publicum & privatum, quorum illud in divinis, hoc in humanis consistit *l. 1. §. hujus. ff. h. t.* quorum utrumque scientiam justi atque injusti in se continet unde non obstat, quod dicitur: definitiones plures ejusdem rei esse non posse.

VII.

Num æquum & bonum inter se differant? Affir.

Hoc enim ni dixerimus, ut [illegible] *si in l. 1 h. t.* definitionem carpimus, [illegible] 28. & exemplo de raptu Sabinarum [illegible]

VIII.

An æquitas alia scripta, alia non scripta sit? Nego.

Quia est scripti juris mitigatio, *Duar. 2. disp.* [illegible] *tom. 11.* Nec obstat *l. placuit C. de judic.* quia in vetustis [illegible] vox SCRIPTÆ non reperitur *Ant. August. 4. Emendat.* [illegible] editio [illegible] optima. *De prælatione stricti juris & æquitatis* [illegible] *infra.*

ADDITIO.

Atqui dices, Jus est ars æqui & boni *l. 1. h. t.* E. æquitas [illegible] dam scripta est. Resp. Duplex est æquitatis significatio [illegible] *de qua in thesi*, & ea nunquam scripta est, de qua agitur [illegible] *l. in ambigua 19. ff. de ll. l. si servum § sequitur. de V. O. l. 1. C.* [illegible] est. cum jus æquum esse dicimus, hoc est, rationi con[illegible] quæ non amplius æquitas, sed jus dicitur. *Wesenbecius* [illegible] *Just. & Jur.*

IX.

Justitia ab Imper. post Ulp. *definitur humana, non divina.*

1. Quia divinam justitiam, [illegible] quam post [illegible] siderat) author definitionis *Simonides*, & post eum Ulp. [illegible] ignorarunt. 2. talia sunt subjecta qualia permittuntur [illegible] catis. Prædicatur autem hic de justitia, [illegible] buat, & quidem inter homines. Ergo. *Novell.* [illegible] obstat, quod constans & perpetua voluntas in homine [illegible] re non possit. Siquidem non mentis [illegible] requiritur *l.* [illegible] *ff. de pœn.* sed tantum externam obedientiam, [illegible]

in tuto sit Reip. tranquillitas, quam etiam politicè justus præstare potest.

X.

Et particularis non universalis.

Quia universalis illa justitia, quæ in se virtutes continet omnes, tota, *ut sic dicam*, virtus est. At quæ hic definitur, species saltem est. Unde altera ratio oritur, quia *ut Aristoteles. 5. Eth. 3. & 16. docet*, virtus est habitus absolutus naturæ congruens, qui hominem in se perficit. Justitia verò est habitus relativus, qui aliis prodest, & ad alterum refertur, Hinc nec ullibi Justitiæ vocabulum pro universali *apud JCtos* sumi rectè notavit *Contius 2. success. lect. 7.*

XI.

Tria sunt juris præcepta: Honestè vivere, alium non lædere, suum cuique tribuere, nec unum sub altero continetur.

Quia leges horum præceptorum oppositionem suppeditant. Primi præcepti exemplum proponitur *in l. 9. ff de testib. l. 5. §. 1. C. eod. l. semper. 42. ff. de rit. nupt. l. Si qua. 12. § si uxor. eod. l. filius. 15. ff. de condit. instit* Secundum pertinet *ad tit. L. Cornelia de sicariis, & alios ejusdem generis titulos* Ultimum ad justitiam particularem *in l. 10. ff. de just. & jur.* definitam. Unde *Accursii* sententia rectè intellecta nihil verius est. Hæc nimirum præcepta de omni juris objecto, sive de omni actionum humanarum genere loqui, quicquid enim agit homo, vel secum agit; unde actiones absolutæ, ad quas primum præceptum refertur: vel cum aliis; unde actiones relatæ, ad quas duo posteriora applicamus, sed tamen diversimodè, cum namque actiones relatæ consistunt vel in omittendo, vel in committendo, circa illas secundum, circa has tertium versatur.

XII.

Jus publicum per L. Regiam sublatum esse Jacob. Rævar. 5. varior. 12. *malè opinatur.*

Licet enim aliqua ex parte fuerit immutatum, tamen non

prorsus abolitum est, nec firma sit consequentia ... populus jus omne & potestatem in Principem transtulit, ... publicum sublatum est. Nam *sacra*, h. e. dedicationes & consecrationes, *Sacerdotes*, h. e. solennes eorum inaugurationes, apprehensiones, inaugurationes, & electiones, & *Magistratus*, h. e. comitia consularia, Prætoria, Tribunalia, Ædilitia postea per Principem expediebantur, non vero sublata sunt.

XIII.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit.

Ridet hanc definitionem *Valla. 4. elegant. 48* quod ut omnis, sic quoque juris bruta sint expertia. Incidit *Valla* in ... vitium imperitiæ, quod est incognita pro cognitis habere. Eleganter respondet *Cujac. ad pr. de jur. nat. gent. & civil.* quod si ... ci saltem dictante ratione, ab hominibus pro jure ... id si & in brutis inclinatione animadvertitur, recte jus naturale dicimus.

XIV.

Jus gentium aliud primævum, aliud secundarium est.

1. Quia unius rei diversæ definitiones existere non possunt, quæ in proposito reperiuntur in §. 2. & §. 5. 2. quia primævum appellatur antiquius a *JCto in l. 1. ff de acquir. rer. dom.* ... ex serie & exemplis *l. 2. 3. 4. 5. 6. ff de just. & jur.* subjectum illud ... tis evincitur. Contrarium qui statuunt & inter eos *Coras.* ... *scell. ult.* moventur, quod *JCtus in l. 1. ff. de just. & jur.* unius tantum juris gentium mentionem fecerit: cui objectioni ... jura juribus conjungenda, nec stultior est in jure ... mentatio, lex ista mentionem ejus rei non injicit, ergo ... tat, si modo ex aliis legibus ea apparere possit.

XV.

Jure gentium secundario pleriq; contractus introducti sunt, excipiuntur nonnulli, qui illi? quæritur.

§. Jus

§. *Jus gentium Inst. de jur. N. G. & civ.* de exceptione proposita multum disquirunt *Dd.* mihi placet eos contractus dici juris civilis, in quibus solennitas juris civilis observatur, ut sunt stipulatio, & nominum obligatio, cæteros omnes, contra plerosque sub regula tradita *in l. ex hoc jure. ff. de just. & jur.* concludo. De stipulatione plenius agemus, *disp. 13. q. 1.* de nominum obligatione, quæ nimirum per scripturam mensæ argentariæ fieri dicebantur, probat *tit. de litt. obligat.* eamque explicavit *Cujac. 22. observ. 4.* quod etiam plerique contractum Emphyteuticum adjiciant, in eo magnopere falluntur, siquidem in eo civilis nulla solennitas desideratur, *ut in superioribus, & dicemus disp. 14. q. 12.*

XVI.

Scriptura non est de substantia legis.

1. Quia Lacedæmoniorum leges in scripturam redactæ nunquam fuerunt. *§. non ineleganter h. t.* quod & lege disertè apud ipsos, ne fieret, cautum fuit. *Plutarch. in vita Lycurg.* 2. quia Imp. dicendo legem condit *l. 6. C. qui bon ced.* 3. quia *§. singulorum. Inst. de rer. div.* dicit, cum leges scribi cœperunt, consequitur evidenter leges etiam antea fuisse, quàm scriberentur. Non obstant, quæ à contrasentientibus adferuntur: unico enim quasi ictu dissolvi queunt, esse nimirum scripturam de existentia legis, non verò de essentia exemplo hominis aliqua corporis parte mutilati: ut enim lex existat, & à vulgo dici possit existere, requiritur scriptura, quoniam difficulter aliàs in populi notitiam pervenire potest, non tamen inde ad essentiam inferri poterit, cum expressus populi consensus, & non scriptura legem faciat.

ADDITIO.

In Repub. Rom. si quæsieris, an lex scribi debeat? non gravatè concedo, quoniam vix alio modo, imperii finibus in tantum extensis, in notitiam subditorum pervenire potest. At cave hinc ad substantiam vel essentiam ejus inferas. Quoniam si de essentia esse contenderis, consequetur, Lacedæmonienses leges non habuisse. Ut enim homo semper anima & corpore constitit, quoniam alterum alterius auxilio ad hominis conservationem eget, sic semper & ubiq; leges scriptas fuisse necessium fuit, quod tamen falsum est, quin si civitas leges vel statuta sibi non scripta faciat, quæ per præconem promulgantur, nõ sanè negati-

po-

potest [illegible] leges sint, cum consuetudine [illegible] dici non possit, [illegible] expresso civium consensu recepta esse [illegible]. [illegible] itaque legis in Republ. Rom. est scriptura, quæ [illegible] sententiam ingreditur.

XVII.

Non ambigitur Senatum jus facere posse.

L. 9. ff. de LL. Imò ambigitur, sicut Senatus Rom. neque [illegible] sas disceptabat, neq. litigatoribus operam dabat, sed [illegible] sultabat, quæ ad statum imperii, quietem urbis, & summam [illegible] publ. pertinebant. Ideoque *Jul. Pac. 1.* [illegible] *3.* putat *d. l. 9.* de tempore eo exaudiendam, quo Senatus authoritas [illegible] Impp. imminuta fuit, qui diceret aliquid, si non & [illegible] pore, *qui author d. l. 9. est*, ab Imp. Respub. occupata [illegible] tamen de suo tempore respondisse verosimile est, ideoque [illegible] *d. l. 9.* in eo casu intelligendam esse, ubi Principes in Senatu [illegible] tione habita aliquid novi juris constituere vellent, [illegible] probante Senatu, si constitutum esset, quasi ab ipso [illegible] cipe constitutum habebatur: *Adde Brisson. 1. [illegible]*

XIIX.

Quo tempore Lex Regia introducta est [illegible]

Tot hodie ea de re extant orationes, disputationes [illegible] quid certi definire liceat. Placet mihi jam [illegible] eam videlicet tempore *Augusti tempor.* latam esse. Cu[illegible] banda causa soleo colloquium illud *Mæcenatis & Agrippæ* [illegible] cere, quorum ille *Augusto* suasit, ut imperium [illegible] ne quasi partum retineret: hic verò ut pop. Rom. [illegible] auctor fuit. *Augustus* inprimis callidus h[illegible] tiam se sequi simulans. Pop. Rom. reddit [illegible] non quidem ut eo se abdicaret, sed ut quod [illegible] *Jul. Cæsar* potius vi quàm voluntate *S. P. Q. R.* [illegible] iis obtineret, sibi persuasit habens, [illegible] invitos imperium procedere. [illegible] Nam, *[illegible] authore:* S[illegible]

tur-

imperiumque Rom. deseteret, rogavit, simulque juramento confirmans, se ejus acta confirmaturum. Idque *A. ab V. C. 730.* quod posteà *A. ab V. C. 735.* repetendo superaddidit. 1. ut *Augustus* emendaret omnia. 2. Leges pro arbitrio ferret. 3. illisque nomen *Augustarum* Senatus imposuit. 4. Eisque solenni juramento obedientiam promisit, quo ipso omnem suam potestatem ac imperium in Principem transtulit *S. P. Q. R.* De quo *lex Regia* concepta fuit *l. 1. de constit. Principum.* Fuit & ei primò impositum nomen *Augusti.* Nam cum quibusdam censentibus, *utor verbis Sueton. in ejus vita cap. 7. Romulum* appellari oportere, quasi & ipsum conditorem urbis prævaluisset, ut *Augustus* potius vocaretur non tantum novo, verum etiam ampliore cognomine, *quod & Dio lib. 54. & Vell Patercl. lib. 2. notant*, honori quasi ejus in signũ scilicet amplissimæ potestatis datum est à Senatu, ut *Augustus* vocaretur is mensis, qui antea Sextilis vocabatur: verba SCti sunt *apud Macrob. 1. Saturnal. 12.*

Hoc amplius PATRIS PATRIÆ cognomen in curia Senatus ei, *ut Sueton. in ejus vita, cap. 57. scribit*, detulit, neque decreto, neque acclamatione, sed per *Vallerium Messalam* mandantibus cunctis. Et ita *Ovidius* eum salutat 2. *Fast.*

SANCTE PATER PATRIÆ: tibi plebs, tibi curia nomen
Hoc dedit: hoc dedimus nos tibi nomen eques.
Res tamen antè dedit: Serò quoque vera tulisti
Nomina: jam pridem tu pater orbis eras.
Hoc tu per terras, quod in æthere Jupiter alto
Nomen habes hominum tu PATER, ille Deûm

Et aliàs eodem libro.

Et benè nos, benè te PATRIÆ PATER OPTIME CÆSAR,

Fœdus quoque cum quibus facere voluit, potuit, Senatum ei habere, relationem facere, remittere, SCta per relationem discessionemque facere licuit. In summa quæcunque ex usu Reip. majestate divinarum, humanarum, publicarum privatarumque rerum esse censebat, agere facere jus potestasq; fuit, quæ omnia quin signa sint Legis Regiæ rectissima, nemo, nisi valdè potestatis & liberi populi imperii ignarus, inficiari poterit. Exprimuntur autem in fragmento eo quod habet de Lege Regia *Francisc. Hottom. de R. Romanor.*

XIX.

Decennio consuetudo introducitur.

I. Quia certam regulam habere tutius est: *D. Alber. Gentil. c. 10. de diverf. temp. appell.* 2. Quia ad consuetudinem longum tempus requiritur, *ut constat ex inscriptione ff. de LL. & long. consuetud. & C. quæ sit long. consuet.* quod decennio contentum. *§. 1. Inst. de Usucap l pen. ff de prætor stipul. l. si finitur. §. 1. de damno infect.* Non obstat. I Quod plurimi annni requirantur *l. sed ea ff de LL.* quia *plurimorum* appellatio decennio contenta est. Idem de verbo *antiquum* dicimus *l. 1. C. quæ sit long. consuet.* 2. non obstat *l. 2. C. eod. cum similibus.* quia à verbis facti ad jus argumentatio non procedit. 3. Non movet argumentum *Wesenbec. in ff.* Consuetudo est jus incorporale. Jus incorporale non præscribitur, nisi 30 annis. E. Siquidem majus tempus in præscriptione, quàm in consuetudine requiritur. *Cravett. de antiq temp. p. 4 n. 7.*

ADDITIO.

De jure Sax. inducitur consuetudo 30 annis, anno & die *B. Reinhard p. 6. diff. 2.*

XX.

Actus duo non sufficiunt ad introducendam consuetudinem (a) *Nec tamen requiro judiciales.* (b)

(a) I. Quia frequentia actuum requiritur *l. 1. C. quæ sit long. consuet.* 2. quia verosimilis populi notitia ex iis colligi dicitur *l. 3. C. de ædif. privat.* quam duo actus non præsupponunt. Non obstat *l. 3. C. de Episcop. aud.* malà enim ab assuefactione unius hominis ad introductionem consuetudinis infertur.

(b) Quæ enim tacito consensu introducuntur, judicis præsentiam non requirunt *l. sive apud acta. 28. C. de transact. Gail. 2. observ. 31. n. 8.* Oppon. *l. cum de consuetudine. ff. de LL. 34.* melius quidem esse, si contradictum judicium appareat, eo tamen deficiente rectè extrajudicialibus actibus ea probatur *l. 38. ff. de LL.* Non obstat 2 *l. 1. C. quæ sit long. consuet.* quia loquitur de consuetudine, quæ est circa cognitionem litium, & decisionem forensium caussarum; quam debet judex in similibus caussis observare.

XXI. Con-

XXI.

Consuetudo potest abrogare legem scriptam.

I. Quia sicut expreſſe, ita etiam tacitè populus Rom. abrogandæ legis poteſtatem habet. 2. quia illud expreſſè probat *l. 32. ff. d. ll.* Cui opponi ſolet *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* ℞. eandem loqui de irrationabili conſuetudine, quaſi diceret Imp. conſuetudinis magnam vim eſſe, ſed legislatori authoritatem non adimere, quin liceat ei conſuetudinem exigere ad notitias naturæ, ſeu ad rectam rationem eam moderari, & vitioſam tollere per legem vel legem conſuetudine obliteratam iterum in uſum revocare, Nec huic ſolutioni obſtat, quod lex ſemper nitatur ratione, ideoque videri conſuetudinem ſemper eſſe irrationalem, ſicut demonſtrat *Sonsbec. part. 1. n. 2. de feud.* Aliter hanc litem componunt *Duar. 2. diſp. 32. Donell. 1. comment. 10. Forcat. in occult. 1. P. dial. n. 35. Covarr. comment. 10.*

XXII.

Jura naturalia ſunt immobilia.

Obſtat, quod libertas eſt juris naturalis. *§. 1. Inſt. de jur. perſon.* Et nihilominus per ſervitutem mutatur *d. §. 1.* ℞. Juris naturalis gradum eſſe alium ſuperiorem, alium inferiorem: Iſte occupatus eſt circa honeſtorum & turpium diſcrimen; at iſte immutabilis eſt: alter verò mutatur, ut in communione rerum, & libertate, aliiſque videre eſt. Obſtare videntur exempla à *Conan. Com. 1. Corraſ. 1 de art jur. c. 3.* de furtis eduliorum apud Lacedæmonienſes permiſſis, Derbicium, & Maſſagetarum immani parentum & cognatorum de vocatione recitata ℞. *d. loc. Coraſ.* ad quem auditores meos remitto.

XXIII.

Statuliberi ſervi ſunt.

L. 9. in pr. l. 16. l. 25. ff. de ſtatulib. hinc ut ſervi puniuntur Cui obſtat *Modeſtinus in l. 14. ff. de quæſtion.* non ut ſervus (*inquit*) ob ambiguum conditionis, ſed ut liber puniendus erit; ratio ſic ponenda eſt, at ſtatu liber in conditionis ambiguo eſt. Ergò. Quod verbis conceptis impugnat *Pompon.* & ideò in publicis

quoque judiciis (*ait*) easdem pœnas patiuntur, quod cæteri servi *l. statuliberi 29. in pr. ff. de statuliber.* Duar. *ad tit. si ex noxal. caussa agat.* putat verba *d.l.29.* esse *Q. Mutii*, ut ex inscriptione constat. Solent autem JCti ponere verba eorum, ad quos scribunt, & illi veteres volebant, statuliberum puniri ut servum, quia servus revera est, *l. statuliberum. ff. de statulib.* verba verò *d.l.9.§.fin. h.t. & l.14. de quæstionib.* rescriptum *D. Pii* innuunt, quo in favorem liberatis constitutum est, ut instar liberorum puniantur, quam & nos sequi debemus, approbat *Ravard. 2. varior. 11.* Quam sententiam duo impugnant 1. quod *Ulp.* ait, neque ut servum coërceri, aut ut liberum damnari posse *l.1.§.1. si is qui testam. lib. &c. 2.* Quod *Justinian.* omnia sua fecerit, & tàm *Pomponii* quàm *Ulpiani* aut *Modestini* responsum approbaverit. Cujac. *l.1. observ. 37.* corrigit *d.l.29.* & dicit, se habere veterem librum manuscriptum, in quo ita legatur, *& ideò* Non *in publicis judiciis easdem pœnas patiuntur, quas cæteri servi.* Verum nec ea sententia placet. 1. quia textum corrigere non est eum interpretari. 2. quia verba *d.l.29.* correctionem eam non admittunt. Dixit enim *Pompon.* ejusdem conditionis esse statuliberos cum reliquis servis, & ideò, *inquit*, in publicis quoque judiciis *&c.* Si verò cum *Cujac.* legerimus: *Et ideò non quoque &c.* planè ei cõtrarium foret, quod antea *JCtus* proposuisset, qui voluit ejusdem conditionis eos esse, & nescio quomodo particula ideo consequentiam eorundem casuum innuere soleat. *Robert. 1. Animadv 6.* distinctionis aliam ingressus est viam, existimans statuliberum sic demum ut servum puniri, si in publico delicto repertus fuerit; ut liberum, si in privato: quæ distinctio displicet. 1. quia constitutio *D. Pii* generaliter est concepta in *d.l. 9. §. fin. h.t.* 2. quia ratio illa ob ambiguum conditionis tàm in publicis, quàm privatis delictis militat. 3. quia *d.l. 29.* eam infringit, in verbis: *vel ex delicto venientes* puta, privato, ne aliàs in posterioribus verbis sit inutilis & superflua geminatio; quare rectius *cum communi Dd. Schola* statuimus: videndum esse, quonam deliquerit tempore, utrum cum adhuc servus esset, vel jam statuliber constitutus, ut priore casu cum cæteris servis ejusdem sit conditionis, & ideò quoque easdem pœnas sustineat, quas servus, *juxta d.29.* posteriore verò casu ob ambiguum conditionis, ut liber puniatur, *d.l.9 §. fin. h.t. l.14. de quæstion.* quam conciliacilia-

ciliationem confirmat regula generalis *ab Ulp.* tradita: Quotiens de delicto quæritur, placuit non eam pœnam subire, quem debere, quam conditio ejus admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam caussam sustinere, quam sustineret, si eo tempore sententiam esset passus, cùm deliquisset. *l. 1. ff. de pæn.*

XXIV.

An promittens hominem liberetur, si solvat statuliberum?

Affirmo, si homo in specie debeatur *l. 9. §. pen. ff. de statulib. l. 92 ff. de solut.* Nego, si in genere debeatur *l. 38. §. 3. ff. de solut.* Priore casu rursus distinguo; aut solventis facto statuliber factus est, & tùm si solvit, non liberatur, nec repetit. Illud quia non in plenum stipulatoris hominem fecerit; hoc, quia utique debet *l. Neratius. 63. de condict. indeb.* Si verò sine suo facto statuliberum solvat, ut quia alienus servus erat, solvendo liberatur. *l. si quis alienum. 92. ff de solut.* Quibus ita positis, non est dicendum cum *Ant. Fabro. 2. conject. 7.* JCtos hac in quæstione dissentire; semper enim præstat veterum exemplo de probabili conciliatione cogitare.

XXV.

Asscriptitios servos esse dicimus.

Per expressum text. *l. 21. in fin. & l. 6. ibi: censitosq; servos. l. ult. C. de agricol & censit.* Non obstat *l. 2. l. 20. l. 23. §. 1. C. eod.* quia loquuntur de colonis, non de asscriptitiis. Nec movet *Nov. 123. c. 17.* prout optimè explicat *Donell. 2. comment. 9.*

XXVI.

Liberatis definitio in §. 1. Instit. de jur. pers. *proposita servis non competit.*

Verba enim: NISI QUID VI: servos excludunt, cum liberi QUID tantùm facere prohibeantur, servi ita omnia, ut nihil illis relinquatur, cum planè sint in dominio dominorum. Liberi QUID prohibentur VI facere, & quidem injusta; servi justa, cum ex bello & captivitate contingit. *Donell. 3. com. 9.*

XXVII.

Servitus secundum quid contra naturam non est.

Obstat definitio servitutis *in §.1. de jur. person.* posita. Diximus *in quæst. 14.* jus gentium aliud primævum, aliud secundarium esse. Contra naturam est, inspecto scilicet jure primævo, quo omnes homines liberi nascebantur. Cum natura est, inspecto scilicet jure secundario, & causa, ob quam introducta est, servitus, nimirum salvandi hominis gratia. Quam responsionem *Camerar. in polit. Aristot. 1.* ab exemplo leonum caveis inclusorum reprobat, cum illud naturæ ipsorum contrarium non sit, quod ubi ab illo probatum fuerit, & nos pro thesi aliud adferemus.

XXVIII.

Servorum nulla est differentia (a) *Liberorum autem permagna.* (b)

(*a*) Servorum quidem una natura, una conditio, unus status est; omnes enim pet æque domini potestati subjiciuntur, plura tamen eorum artificia aut exercitia reperiuntur, *Alex. ab Alex. 3. gen. dier. c. 25.* Hinc alia dicitur cõditio servi cibarii, aliiSymphoniaci, alia atriensis, alia palæstritæ. *l. sed si quid. 15. §. 1. ff. de usufruct.* alia servi novitii, alia veterani *l. ult. §. ult. ff. de ædil. edict.*

(*b*) *§. fin. Inst. de jur. person.* alii enim sunt ingenui, alii libertini. Obstat & quidem non vulgariter, quod ratione status & conditionis (*de qua in tit. de jur. pers. agitur*) nulla inter ingenuos & libertinos sit differentia; ut enim illi liberi sunt, sic & hi. *Vid. Steph. Bodeum ad §. fin. h. t.*

XXIX.

Quo tempore justus filius nascatur? hujus loci tractatio est.

Et 7. mense justum filium nasci ex sententia *Hippocratis Paul.* tradidit *l. 12. ff. de statu hom.* cujus authoritas etiam recipitur *ab Ulpian. in l. 3. §. fin. ff. de suis & legit.* quod accipiendum est, etiamsi in initio 7. mensis, puta, post duos dies sexti mensis infans editus sit. *Beust. de matrim. p. 2. cap. 36.* quod tamen non admittit

mittit *Albericus Gentil. de jur. part.* Ego tamen in favorem partus affirmarem, cum nec *d.l.12.* quicquam de completo mense dicat, sed admittat simpliciter 7 mense natum, at hic noster utique 6 mense natus dici nequit. De *octimestri* etsi major disputatio sit, non tamen ipsum admittere dubito. Si enim septimenstris partus legitimus sit, utique multò magis Octimenstris: Nec quicquam facetius contrasentientium argumentatione, *Partus hic diu vivere non potest. E legitimus non erit*, ratione non dissimili dicam; partus 7 vel alterius mensis interdum non diu vivere, an propterea eos legitimos esse negabimus? Imò in *Ægypto* vivere atque *Italia* contestatur *Plinius* & excellens Medic. *Cardan. in suis coroll.* interdum hunc partum supervivere posse statuit. Ratio verò, cur Octimenstris ut plurimum moriatur, hæc videtur esse: Embryon sæpè mense 7 ab uteri receptaculis egressum affectat, ac in id colluctatur plurimum, verùm conatu excidit, atque interim fatigatum efficitur imbecillius. Quod si necdum refectis viribus octavo rursùm eundem petat conatum, oblæsum frequentiùs mori necessum est. *Cœlius Rhodigin. 20. antiquar. lect. 20.* Aliam reddit *Jul. Paul. 4. Sentent. ibid. Cujac.* quam confirmat *Consorinus de die natal.* Septimo (*inquit*,) mense partus jam maturus est, eò, quod in omnibus numeris septenarius plurimum possit, quod confirmat *Macrob. 1. in somnium. 16.* De *nonimenstri* conspirans & communis est consensus proinde & nos contra *Epiginem Bizantium* partum legitimum esse statuimus *l. Gallus in pr. ff. de liber. & posthum. l. ult. C. de posthum. hered. instituend. l. ult. ff. de fideicommiss. libertat.* Quid de nato in *undecim* mensibus? Post decem menses (*inquit Ulp.*) mortis natus non admittetur ad legitimam hæreditatem *l. 3. §. ult. ff de suis & legit. hered.* Quin & *Justin. in Nov. 39. c. 2.* tempus conceptionis in tantum extendi posse negat. Hinc etiam olim luctus tempus decem mensibus concludebatur. *l. 2. C. de secund. nupt.* quasi illud extremum nascendi tempus fiet. *Unde Ovid. 1. Fastor.*

Per totidem menses à funere conjugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.

Quæ etiam caussa est, ut formula *Galli Aquilii* ultra decem menses concepta non sit. *d. l. Gallus. ff. de lib. & posthum.* & notabiliter *Alciat. p. 1. præsumpt. 40.* præsumi viduam ultra undecim menses

ex-

centio, quàm ex marito peperisse. Et ita sanè ex jure nostro definiendum erit: Verum quia de opere naturæ hic agitur, quæ legibus hominum obligata non est, seposito eo, quod leges nostræ censent, ut certissimum *ex Vict. Trint.* relatum extat *ab Alb. Gent*, mulieres indubitatæ probitatis & pudicitiæ extitisse, quæ fœtum in utero gesserunt ad 11. mensem & ultra, quod & *ab Adriano* constitutum legitur. *Gell. lib. 3. c. 16.* & eandem opinionem secutus fuit *Aristot.* prout eum refert *Censorin. in libr. de die natal.* & novissimè *Levinus Lemnius Medicus doctissimus, de occultis naturæ miraculis.* atque ita judicatum esse scribit *Beust. dict. loc.* De ulteriore tempore nostri non ita solliciti sunt, quasi in longius tempus partus produci nequeat, sed considerati judicis officium & diligentia hac in re multũ poterit: quid enim si mulier probæ rectæque vitæ 12 mense pariat, annè hunc partum ut illegitimum à paterna hæreditate repellemus: *Exempla refert Gentili. ad quem brevitatis caussa meos remitto.*

ADDITIO.

Hippocr. *in lib. de octimest. part.* cùm ultra plenilunium, *inquit*, mulier concepit, necesse est, eum conceptum mensem attingere, quo ad ultimum circulum perveniat. Cujus authoritate moti compilatores *consult. Sax.* pronunciarunt, quod infans, so im Anfang des eilfften Monats / vnnd im ersten Viertel desselbigen zur Welt gebracht / pro legitimo habendus sit, *part. 1. consult. Sax. q. 15.*

XXX.

Major 17 annis potest esse procurator ad lites.

I. Quia §. *Justa Inst. qui & ex quib. caus. manum. non lic.* dicit, non debere esse minorem annis 10. & 7. qui manumittitur procuratoris habendi gratiâ. E. non potest intelligi procurator ad negocia, cum & puer ad negocia procurator dari possit *l.* . §. *cujus ff. de exercit. act. l. 7. §. f ff. de inst. act. l. 7. §. fin. ff. de min.* 2. quia *Imp.* agit *in d.* §. do justis & necessariis caussis manumittendi. At ut liber sit procurator ad negocia, nulla urget necessitas *d.* §. *cujus l. 1. §. parvi. ff. de Institut act.* Potest enim servus, quatenus servus est, negocia administrare. 3. quia simpliciter procura-

curatoris appellatione venit procurator ad lites, cũ quodlibet verbum potentiorem significationem semper recipiat. *l. 3. de tut.* At *d. §. juste.* ut & *l. 13. ff. de manumiss. vind.* simpliciter procuratoris faciunt mentionem. 4. quia indistinctè ea jura loquuntur. E. necessum indistinctè recipiatur *l. 8. ff. de public. in rem act.* 5. quia potest postulare. *l. 1. §. initium. de postul.* E. multò magis procurare. 6. quia potest esse judex. *l. 57 de re judic.* & consul. *l. 1 de off. cons.* Cur ergò non procurator? Non obstat, suis rebus præesse non posse *l. 1. de minor.* E nec alienis. ℞. *ex l. 23. de min* junct. *l. 6. eod.* 2. Non obstat, quod minor restituatur. *l. minor. de min.* quia hoc procedit in defensore, non in procuratore. Vide *Cujac. 22. observ. 16. Pac. 2. ἐναντ. 16.* contra Dd. communiter 3. Non inter se pugnant *d. l. 13. de manum. vind.* & *§. justa. Inst. qui & ex quib. caus. manum. non lic.* Sententia enim utriusque est, requiri, ut compleverit 17. annum, & attigerit 18. Uno *(inquam)* loco non minor dicitur ratione completi anni; altero ratione inchoati anni 18. *Cujac. d. l. 4.* Opp. *l. 12. C. de procur.* ℞. loqui in casu, ubi defensor existebat. *Insto* Sed cur *in d. l. 12.* admittitur. ℞. quia filius erat, aliàs repulsam haud dubiè passurus. 4. Opp. *cap qui generaliter de procur. libr. 6.* ℞. differentiam inter jus Civile & Canonicum constitui hoc casu debere.

EXERCITATIO SECUNDA.

RESPONDENTE

JOHANNE Schmidt HERSFELDENSI-HASSO.

THESIS I.

Potestas Patria Jurisgentium est. I. Quia filios esse in potestate patris natura dicit *l. 195. §. familia appellatio ff. de V. S. Aristot. 8. Eth. 2.* Unde & parentibus obedire Jurisgentium est, *l. 2. ff. de J. & J.* 3. Quia *Julius Caesar in suis comment.* docet, Gallos vitae & necis potestatem in liberos & uxores habuisse. 4. Id ipsum & de aliis populis tradit *Bodin. 1. de Republ. 4.* 5. hoc constat ex infinitis Sacrae Scripturae locis *Exod. 22. Deuteron. 5. 11. 21. Ezech. 22.* I. Oppon. *§. 1. Instit de patr. potest.* R. Imperatorem non adimere aliis gentibus potestatem in liberos, sed talem, qualem habent Romani; permulta enim aliis gentibus incognita ipsi habuerunt, *de quibus vidè omninò Accurs. ad d §. 1. de patr potest.* ad quae potestas Romanorum propria dicitur. 2. Obstat; Emancipatione, & sic civili modo tollitur patria potestas. *§ per Emancipationem. Instit. quib. mod. patr. pot. toll.* R. patria potestas est juris civilis *l. nihil tam naturale ff. de R. J. §. fin. Instit. de Legit agnat. tut. R. Vacon à Vacun. 1. declar. 8. n. 3.* adde *Conan. 2. comment. 13. n. 2.* contra *Revard. ad LL. 12. tabb. c. 4.*

ADDITIO.

An patriae potestatis effectus jure Saxonico obtineant. Affirmat, *Gloss latina sub lit. F.* Landrecht *l. 1. artic. 31. & libr. 3. art. 45. lit. D.* dicit, quod ad patriam potestatem attinet, jus civile manere à jure Saxonico incorrectum, und bleiben in solcher Gewalt die Kinder/ bis sie von ihren Eltern scheiden. *lib. 1. artic. 11.* Compil. constit. Saxon. *part. 1. quaest. 43.*

II. *Cujus*

II.

Cujus intuitu patri filium propter nimiam egestatem vendere licet.

L.fin.c de patrib. qui fil. distrax. Cum enim olim filium occidere poterunt *l.11.de lib. & posthum.* cur non vendere? quod minus est. Ratio juris constituti est, quoniam ut inter arma leges silent, sic in tremenda hac egestate, qua bellum ventri, qui auribus caret, indicitur, eæ meritò conquiescunt. Und *Menander*, Λιμὸς μέγιστον ἄλγος ἀνθρώποις ἔφυ, dixit. Et *Plato* miserrimum mortis genus fame morte censuit, à quo *Homerus* non alienus est, *Odyss.M.*

Dura quidem miseris mors est mortalibus omnis:
At periisse fame, res una miserrima longa est.

Quin si hanc venditionem aversaremur, jam consequenter ipsorum liberorum vitæ quasi invidi, eos per summam egestatem perire admitteremus, cum parentum fames non posset non etiam ipsos liberos tandem opprimere, quod confirmat facetissimum *apud Aristophanem in Acharne* exemplum de quodam Megarensi, optionem filiabus dabat, vellentnè vendi, an potius domi fame perire:

Verum ô Improbæ (*ait*) puellæ miseri patris
Ascendite ad cibum, si quid inveneritis alicubi,
Audite sane, convertite ad nos ventrem,
Utrum vendi mavultis, an esurire malè:
PUELL. Vendi, Vendi.

Proponit ejus venditionis exemplum *Ovidius 8. Metamorphos. in fin.* de Erisichtonis filia:

Filia restabat non illo digna parente,
Hanc quoque vendit inops &c.

Nec id *à jure Divino* alienum est, siquidem *Nehemiæ.c.5.* populus fame oppressus (*inquit*) filii nostri, & filiæ nostræ multæ sunt nimis: accipiamus pro pretio eorum frumentum, & comedamus & vivamus: Idque etiam aliquando factitatum tempore *Valentiniani* constat ex ejus *Novella.11.* & Maximini Imperatoris, tradit *Eusebius Cæsariens lib.histor. Ecclesiast. 9 c. 8.* ut verissimum illud *Menandri* dictum τὸ τῆς ἀνάγκης πάντα δουλοῦται τύχῃ, hic agnoscere liceat.

III.

Quæritur an matri idem permitti debeat? Nego.

Effectus enim est potestatis patriæ, quam nullam habet mater. § *fœmina. Instit. de adoption.* Unde & Inscriptio tituli *d. l. final* De Patribus Qui Filios Distraxerunt, concepta est: Notum autem est, leges, *vel ut nostris fandi mos est*, rubrum juxta inscriptionem vel nigrum accipi debere *l. Imperator. de in diem addict.* Quo spectat, quod alibi rescriptum est: Transactione matris filios ejus non posse servos fieri, notissimi juris esse. *l. 26. C. de Transact.* Addit *Pinell. in rub. p. 2. n. 22. C. de bon. matern.* illud in consilio quoque poni debere. *arg. l. nec in ea. in fin. ff. ad l. J. de adult.* Consilium autem matris fragile est, & sæpè contra propria laborans commoda. *l. 4. C. de Sponsal.* quod confirmat *Euripides in Danaë.* Papæ, ait, quantò infelicius mulierum genus, est, quàm virile? Nam in bonis rebus multum inferius est, malis autem superat. Quibus observatis facilè argumentationes contrariæ, quarum summa hæc, corruunt. I. Quia *d. l. final.* loquitur in parentibus. Ergò & in matre. *l. 1. de V. S.* II. Quia non fit mentio patriæ potestatis. III. Quia tam alimenta matri, quam patri ex sanguinis caritate debentur. *l. 5. §. 1. de agnosc. liber. l. unic. §. 5. C. de rei uxor. act.* IV. Ratione *l. 4. de curat. furios. l. fin. C. de in jus vocando.*

IV.

In nonnullis Exemplaribus d. l. final. *legitur*, Sangvinolentus *facta relatione ad patrem: In aliis* Sangvinolentos *habito respectu ad filios; Quæritur quid rectius sit?*

Putat *Covar. 3. variar. resolut. 14. n. 4.* utramque lectionem subsistere. Cujus opinio ex favore patris firmatur. Nam nisi etiam majorem venditionem admittamus, parentem scilicet dirâ fame necari cogimus, quod inhumanum est. Et hic communis est

est intellectus *in d. l. final.* quem non admittunt *Cujat. 5. Sentent. Paul. 1. Tiraquell. de utoque retract. §. 26. Gloss. 1. lib. 1. Gilb. Regius. ἐναντ. 21.* Verum simpliciter posteriorem sententiam defendunt: quia *in Cod Theodos. libr. 5. c. 8. fol. (mihi) 98.* titulus conceptus est. *De his qui sanguinolentos vel nutriendos acceperint:* Sub quo *lex unica* est *Constant.* ad suos Italos, quos *Tribonianus* provinciales *in d. l. final.* appellat: Atque ita sanè *d. l. unic.* intellexit *Interpres Codicis Theodosiani*, cujus hæc sunt verba: *Si quis infantem à sanguine emerit &c.* A sanguine infantem is intelligit, quem *Juvenal. Satyr. 7.* & adhuc à matre rubentem, dixit; & eorum mentio fit *in Inscrip. Cod. tit De Infantib. expositis liber. & servis, & de his qui Saguinolentos acceperint, quid dicendum?* Hic scilicet Infantis nullæ sint operæ *l. cùm de servis. 6. ff. de oper. servor.* multò minus sanguinoléti vel recēter editi, quare nullo modo patris necessitati, nisi per ejus venditionem consuli, & subveniri potest. At si major sit filius, jam sanè durum est; hominem libertati assuetum in servitutem perducere, quæ ratio est *Valentiniani Imperatoris in Novell. 11.* & ideò rectius erit, ut operæ ejus locentur, ex iis parens vivat, quod consilium videtur esse *Paul. in pr. de libr. 5. Sentent.* quæ si nullæ sint, vel tanta sit sevientis famis necessitas, omninò admitterem venditionem. I. Quia *Paul. de lib. 5. sent.* generaliter dixit, filios tempore extremæ necessitatis vendi posse. Idem confirmat *d. Novell. Valentiniani. 11. 2.* quia ubi eadem ratio, ibi ut idem jus sit, necessum est. Famis autem violentia tàm patrem conficit, ubi filius major, quàm ubi minor est.

V.

Patriam potestatem constituunt nuptiæ Legitimatio, & adoptio.

L. 3. Qui sunt sui vel alien. Jur. §. 1. de adopt. l. 1. eod. §. ult. de Nuptiis l. 3. 4. l. nuper. 11. C. de naturalib. lib.

VI.

Nuptiæ sunt viri & mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens §. 1. Inst. de patr. pot.

I. Obſtat, quòd non poſſit definiri individua vitæ conſuetudo, quia ſæpiſſimè diſſolvuntur. ℞. hoc animo & voto nuptias contrahi, ut nunquam dirimantur. *l.1. de jur. dot. l. liberorum. §.3. ff. de V.S.* Et ita verba in definitione poſita intelligenda ſunt. 2. Obſtat, quod non ſit individua vitæ conſuetudo & participatio, quia liberum eſt utrique ſuas facultates ab invicem ſeparare *l.1. ad SC. Syllan. l. ex pecunia. C. de jur. dot.* adeò ut ſocietas omnium bonorum olim inter conjuges inita fuerit, *l. ex diverſo. ff. ſolut. matrim. l. alimenta. §. ult. ff. de adimend. legat.* Cui argumento reſpondet *Duarenus ad tit. ſolut. matrim. c. quæ ſint nupt.*

VII.

Conſenſus, non concubitus nuptias facit.

Cujus rei exemplum proponitur *in l. cui fuerit ff. de condit. & demonſtrat.* & expreßè traditum eſt *in l.3. ff. de R. J.* Velut Ulpian. *in l.32. §. ſi mulier ff. de donat. inter vir & uxor.* interpretatur, maritalis affectio. I. Obſtat *l. penult. ff. quand. dies Legat.* ubi nuptiæ in perſona ejus puellæ, quæ virum pati non poteſt, non procedunt ℞. Verba JCti non referri ad efficientem nuptiarum cauſam, quia nudo conſenſui adſcribitur, ſed ad nuptiarum materiam pertinere: quemadmodum igitur cauſſa efficiens tum eſt efficax, quando materiâ non deſtituitur: ita etiam conſenſus facit nuptias, modo adſint cætera quæ ad legitimas nuptias lex requirit. Inter cætera autem requiri partes genitales, & ætatem nuptiis idoneam, unde nec *l.39. §.1. de jur. dot.* obſtare cognoſcitur. II Oppon. *l.5. l.6. de rit. nupt.* ubi etiam deductio in domum requiritur R. vide diſputat. ad *ff. diſp.13. q.2.* III. Oppon. quod teſtatio in tabulis nuptialibus fieri conſueverat. *l. ſi vicinus. C. de nupt. l. cùm maritus. de pact. dotal. l. ſi voluntate C. de dot. promiſſ.* R. confectionem tabularum quidem uſitatam fuiſſe, ſed non neceſſariam. *l.4. de fideicom. Inſt. l.9. C de nupt, l.4. de pign.* & confirmat *Quint. lib.5. cap. 2. quem omninò vide.*

VIII.

Conſenſus requiritur non ſolùm eorum, qui coëunt, ſed & quorum in poteſtate ſunt.

I. Quia velle non creditur, qui obſequitur imperio patris

l.4.

l.4.ff.de R.J. Ergo ut velle videatur, requiritur consensus patris. II. Quia naturâ æquum est, ut parentibus liberi pareant, atque ipsorum, à quibus tanto labore ad illam usque ætatem educati sunt, consensu quævis agant. *l.2. de Just.& Jur.* III. Quia iniquum est invito suum hæredem agnasci. *§.7. Instit. de adopt. l. in oratione. §.1. fi. de rit. nupt.* IV. Probat textus *in §.1. de nupt. in l. Paulus. 11. de stat hom. cum simil.* Oppon. 1. Quia definitio nuptiarum non meminit paterni consensus. *§.1 Inst. de patr. pot.* R. includi sub particula *conjunctio* scilicet legitima, & refutat plurima *Joan. Borchold. tract. de grad.* II Oppon. In spiritualibus non requiritur consensus parentum. E. nec in matrimonio, quod Spirituale est. *c. debitum. de bigam. non ordin.* ℞. argumento legitimè confecto quatuor terminos invenies: aliter enim sumitur res Spiritualis in majore, aliter in ejus assumptione. III. Oppon. Quod matri eadem, quæ patri reverentia præstanda erit. *l.2. de J.& J.* Verùm matris consensus non requiritur. Ergò. Eleganter JCtus *in l. 4. ff. de curat. furios.* ex qual. tota vis hujus disputationis dependet.

ADDITIO.

Quid si juramento juvenis virgini, vel econtra sine consensu parentum fidem matrimonialem promiserit? Vide omninò *p.1. consult. Sax. q.13. in quæst. matrimonial.*

IX.

An idem de Jure Canonico dici possit? plurimi de honestate putant, nos etiam necessitatem Canones urgere observavimus.

I c. aliter. 30 q.5. c. non omnis. c. honorantur. c. hoc sanctum 32. q.2. Adde, quod *Pontifices* se sacram normam ubique sequi protestantur, juxta quam *ut Apost. ad Corinth. testatur*, solis parentibus potestas tribuitur contrahendarum nuptiarum. Et probant exempla multa, *Genes. 24. Jud. 14. v.2. & 4. Exod. 22. v.17.* Non obstat *c. sufficiat. 27. q. 2.* ibi particula, *Solùm*, non respicit ad excludendum consensum aliarum personarum, sed ad exclusionem concubitus. 2. non facit *c. cum locum. extra. de Sponsal.* quia libertas matrimonii per consensum parentum non impeditur. 3. non obstat:

obstat *c.penult.de rapt.* quia restringitur per *c. sequens* Alia vide apud *Duaren.c.2.tit.de Nupt.Borch.de gradib.Oldendorp.class.4.act.26.*

X,

Usque adeò ut nec ratihibitio in nuptiis locum sibi vendicet.

Est quidem satis tritum illud, Ratihabitionem mandato comparari.*l.fin. C.ad SCtm. Macedon c.ratihabitio. de R.J.in.6.l.semper.60,ibid.Petr.Fab.de R.J.Bartol.in l.Pomponius.de negot. gest.* illudque quod actum est retrotrahere.*l.4.5. C. de pign. act.* Verùm regula ea officium suum perdit in iis actibus, in quibus lex pro forma mandatum&jussum requirit: à legis namq; expressa forma recedi non potest; unde nec &post tempus interposita tutoris authoritas quicquam agit.*§ tutor.Inst.de auct. tut. l. 9. eod.* nec parentum ratihabitio sufficit 1.quia *pr.Inst.de nupt.* requirit.ut parentum consensus præcedat: At notum est, ubi quid pro forma requiritur, non posse per æquipollens expediri 2.quia si contra mandata quis contraxerit matrimonium, si post depositum officium in eadem voluntate perseverat, justas nuptias effici,& ideò liberos *post genitos* ex justo matrimonio legitimos esse, respondit *Paul.in l eos qui 66.de Rit.nupt.* innuens per contrarium *antè natos* legitimos minimè esse, qui tamen ratihabitionis effectus cótrario posito esset.3.Quia in specie *l.Paul.11.de stat.homin.* mortuo avo nati nepotes legitimi non sunt, cùm tamen conjugium, utpote inter homines sui juris nunc existens valeat. 4. Probat sic ratio JCti *in l.si uxor.13.§.si quis.6.ff.ad L. Jul. de adult.* Jure viri accusari adulterii non potest ea, quæ antequam nuberet, adulterium commisit: verùm ea, quæ patre dissentiente nupsit, etsi cum alio concumbat, à marito jure viri accusari nequit. Sequitur Ergò ratihabitioni nullum superfore locum Opponit *Accurs.ad d. l. Paul.11.* quod ex concubinatu suscepti liberi per subsequens matrimonium legitimi efficiantur.*l.cum quis C.de natural.liber.* Verùm ut idem respondit, concubinatus jure licitus est.*tot.tit. ff. de concub.* nuptias autem contra voluntatem parentem contrahere illicitum econtra. 2. Oppon. *l.5.C.de nupt.* Sed ea nihil ad propositum facit: loqvitur enim de tacito avi consensu, qui in favorabilibus expresso comparatur.*l.7.de Sponsal.Gloss ad d l.5.*

XI. Et

XI.

Et si filius vel filia, citra parentum consensum matrimonium inierit, non quidem rescinditur, injustæ tamen erunt nuptiæ, injusta uxor; injusti liberi, (a) & parentes coëuntes exheredatione coërcere poterint: (b)

(a) Ratio ejus redditur à Julio Paul. *libr. 2. sent. 19. §. 1.* juncta *l. 15. fin de lib exhib.* Atque hac in re imperfecta est lex civilis, quæ quidem vetat, matrimonia iniri contra parentum consensum, contractum tamen non rescindit. *Cuiac. 3. observ. 5. Duar. c. 2. de nupt. Beust. de matrim. c. 47.* Contrarium statuit *Theodor. Beza in tract. de divort. pag. (mihi) 144.* quia qui sui juris non sunt consentire non possunt, & Deus hos coëuntes non conjunxisse videtur: Ad primum respondetur ex thesi: Ad secundum, Ecclesiasticam benedictionem Dei conjunctionem inducere.

(b) id juxta *Novell. 115 c. 3. §. si alicui. vers. si verò usque* in qua requiritur, ut 25. annum nondum compleverint. Post eam enim ætatem nuptiis liberorum invidus parens præsumitur, si conditionem quærere eis honestam detrectaverit. *l. 19. ff rit. nupt.* Et probatur thesis ex fine exheredationis, quæ ob eum introducta est, ut injuria privata parentibus illata per liberos vindicetur, utque inferentes damnum parentibus debitamq; obedientiã denegantes coërceantur. At liberi & præsertim filius, se ipsum quodammodo subtrahendo patri, & ei invito suum heredem obtrudendo graviùs lædit patrem, quàm si grave damnum pecuniarium ei daret, eiq; inobediẽs existit: cùm honorem hunc, quẽ pro educatione ejus habere debet, ut videlicet nuptiis cõsentiat, perversè præripiat, cũ tamen hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio dictet, *in pr. Inst. de nupt.* quod cõmuniter in persona filiæ nõ item filii concedunt: quia *d. Nov. c. 3.* tantùm de filia loquitur. R. exempli gratia id fieri, cùm multo magis in filio id dicendũ sit; propter agnationẽ sui heredis *l. 6. de adopt.* quæ in filia nõ veretur *§ f. n. Inst. de pat. pot. 2.* Opp. *l. 3. §. 5. de bon. possess. cont. tab. &c.* R. lo-

qui de filio emancipato, in cujus nuptiis parentis consensus non requiritur; *l.25. de rit. nupt.*

XII.

Num matertera vel mater patris adoptivi in uxorem duci possit? Neg.

In *l. qui in adoptionem. 23. de adopt. per adoptionem 17. de Rit. nupt.* ne videlicet qui filius est adoptióne, idem maritus esse incipiat conjugio, cùm fœda & abominanda sit confusio, eandem personam duas tam contrarias relationes & necessitudines sustinere, quæ ratio videri potest *Justin. in § item amitam 5. de nupt.* quod tandiu verum esse *Cajo* placet in *l. 55. de Rit. nupt.* donec in familia patris adoptivi sim: Si enim emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias, scilicet quia post emancipationem extraneus esse intelligor, quod tamen non sine scrupulo dictum putari debet, cùm enim uxor quondam patris adoptivi in uxorem duci nequit *l. 14. de Rit. nupt.* ea scilicet ratione, quia novercæ locum habet, multò magis matrem ejusdem, ne quidem dissoluta adoptione, duci posse consequens videtur, quia aviæ penè loco fuit: quo argumento moti *Cujac. 23. obs. 36. Hotom. amicab. resp. 1. c. 10.* diversimodè textum *d. l. 55.* corrigunt. Et sanè qui non perfractè juris certissimæ rationi corruptam lectionem præferre velit, is mihi concedat necessum, verbum MATREM *in d. l. 55* abundare 1. quia *d. l. 23. de adopt.* confert uxorem & matrem patris adoptivi. Ergò ut nec illa *d. l. 14. h. tit.* sic nec hæc duci poterit. 2. quia Justin. §. *Ergò non omnes. Instit. de nupt.* prohibitionem eandem inter parentes adoptivos & naturales statuit, etiam dissoluta adoptione: Mater ergo in uxorem duci nequit. Matertera demum dissoluta adoptione, *quicquid contra disputet Hottom.*

XIII.

Duorum fratrum vel sororum liberi inter se conjungi possunt.

§. duorum Instit. h. t. quia non sunt parentum liberorumve loco sibi invicem, cujusmodi personæ in linea collaterali in quarto gradu conjungi possunt *l. 3. de rit. nupt. l. 2. C. de Instit & substit. l. celebrandis. C. de nupt. l. 23. cum seq. ff. de condit. Inst.* Opponitur Theophi-

ph. li.

phili negantis autoritas: *Cont. 2 subsec. lect. 1.* rectè dicit, *Theophilum* multa negare, quæ *Justinianus* affirmat, ut *Cujac.* non immeritò *h tit.* scripserit; se non plus *Theoph.* quàm *Accurs.* tribuere, 2. Non obstat *Cajus 1. Instit. de nupt.* ℞. Institutiones *Caji* multis in locis (ut in hoc) corruptas esse. Quæ disceptantur ab *Anton Contio* viro subtilissimo *d. lib. 2. c. 1. n. 7.* refutantur ex eo, quòd perpetuæ mutationi leges civiles obnoxiæ sunt, ut inde inferri non possit *l celebrandis. C. de nupt.* & alias à suis authoribus latas non esse, ut ipse censuit. *1. subsec. lect. 9.*

ADDITIO.

Referunt scripsisse *Ambrosium*, conjugium istud nominatim Lege Divina prohiberi, *Alb. Gentil. 1. lect. 15.* verùm ex *Augustino libr. 15 c. 16.* constat, neminem in totis bibliis talem prohibitionem repertum; nisi quis *cum Cont.* regesserit, eo satis prohiberi, dum generatim traditum sit, ut omnis homo abstineat à reliquiis carnis suæ, sed nimium latè intelligit *Cont.* Nam hoc modo nec horum liberi, & sic deinceps conjungi, cùm semper illud maneat eas nostræ carnis reliquias esse, possent Forsan *Oppon.* quòd avi filiam. id est, materteram ducere non liceat. *l. 17. §. 2. de rit. nupt* Ergò nec avi neptem per rationem § *fratris. Instit. h. t.* quod ibidem proponit *Accurs. & rectè ait* strictè intelligi *d. §. fratris.* nec ad alios facilè extendi debere.

XIV.

Affinitatis Jure civili gradus esse Duar. *rectè disputat.*

Per *l. 10. ff. de gradibus cogn. & aff.* Negat *Cujac propter l. 4. §. 5 ff. eod.* ℞. Nullos esse adfinitatis gradus scilicet alios quam cognationis seu consanguinitatis, & ad finem eodem gradu esse adfini, quo gradu & cognato suo adfinitatem inducenti: *Duar in tit. solut. matr c. 3* Oppon. Quod gradus sit generatio personæ § *hactenus de grad. cognat.* At adfines non generantur. ℞. adfines nasci ex adfinibus ad modum naturalis cognationis.

XV.

Vitiatam ab alio ducens repudiare potest.

1. Quia simulatæ nuptiæ nullius momenti sunt. *l.30. h.t.* at nuptiæ cum vitiata contractæ tales sunt, ut nervosè prudentiss. *Leo Imper. probat in Nov. 93.* (cujus Novellæ quatenus juri non adversantur, & casum eo non decisum continent, omninò recipiendæ sunt) *quomodo enim* (inquit) *vera sponsalia sunt, in quibus nihil verum, nihil genuinum conspicitur? ubi meretricium sese offert scelus, ubi causa sunt dissidiorum & odii, ubi animorum alienatio, quomodo ibi matrimonialis concordia, quomodo purus sponsalisque est amor? &c.* 2 altera argumentatio desumitur *ex l. exempto. 11. §. si quis virginem. ff. de act. empt.* ubi emptio rescinditur ob eam causam, si mulierem corruptam pro virgine per errorem emerim; quod si in contractu emptionis permittamus, quantò magis in matrimonio illud dicendum erit. Nec enim debet excellentia matrimonii mẽsuram à rebus venalibus capere, quæ abdicari à nobis possunt pro libitu, nec vilis mancipii persona cum persona uxoris conferri ulla ratione potest vel debet. 3. Error in substantia vel ex omniũ sententia matrimonium vitiat *l.30 de R.J.* At in proposito error in substantia est, quia de matrimonii substantia sic est castitas, ut dissolvi illud adulterio certum sit, *Matth. c.5. & 19.* 4 Ex quo nunc quarta probatio oritur, quia adulterio matrimonium contractum dissolvitur, faciliùs sanè & longè justiùs non contractum impeditur, quoniam, *ut Dd. notant*, leviori occasione quid prohibetur ne fiat, quàm ut factum dissolvatur; & ne longiùs excurrat oratio, satis id voce divina probatum est, *Deuteron. 22.* quæ mandat, ut mulier, quæ se pro virgine elocari passa est, afficiatur supplicio capitali, nî dixeris leges politicas seu forenses Mosis nos non obligare, quod quidem ita dices rectè; at interim de DEI voluntate nobis severa constat, quam si in hac casu jure civili non deciso sequuti fuerimus, vix est ut à veri scopo aberrare dici mereamur.

XVI.

Legitimatio per subsequens matrimonium fieri hodiè potest, absque dotalibus instrumentis.

Rectè dico, HODIE, olim enim requisitum videri poterat propter

propter fidem de matrimonio affectuque maritali certam *l. nuper C. de natur. liber. §. ult. Inst. de nupt.* Hodiè cum ad probationem nuptiarum benedictio Sacerdotis in facie Ecclesiæ accedat, ne quicquam instrumentum nuptiale requirimus *cap. tanta extr. qui sint fil. legit.* Atque ita dissentientes inter se, *Donell. 2. com. 21. Cujac. 13. obs. 4. Fach. 3 controv. 51. Borch. in §. fin. h. t* compono.

XVII.

An adoptio sit actus legitimus? Aff.

L. 4. ff. de adopt. l. 3. de offic. proconsul. l. 1. C. h. t. Non obstat *l. 77. de R. J.* quia ibi emancipationis vocabulo continetur, ut & manumissio *Hippol à Collib. ibid.* Gothofred. tamen putat ideò illic inter actus legitimos non referri, quia solemnia ejus sunt à *Justiniano* sublata, quod etsi factum sit, actus tamen legitimus esse non desiit.

XVIII.

Vitricus suum privignum adoptare potest.

Hac in re pugnare videtur *l. nec ei. 17. de adopt.* cum *l. nonnunquam 32. eodem.* quæ tamen facilè conciliantur, si modo Thematis propositi generalitatem *pr. d. l. 17.* mox in *§. 1. seq. in verb. vel sanctissima affectione &c.* quæ in vitrico præsumitur, coarctari observaveris.

XIX.

Quarta quæ impuberi arrogato, & postea emancipato, vel exheredato sine justa caussa debetur, est omnium bonorum.

§. 4. Instit. de adopt. l. 2. C. eod. L. Papinian. §. Si quis impubes. ff. de inoffic. testam. quibus in locis responsum est, deberi arrogato quartam ex bonis, quæ mortis tempore arrogatoris fuerunt. At arrogatori tūc sunt universa bona: sequitur inde, quod ad arrogatum universorum bonorum quarta pertineat. Opponit: quòd filium naturalem excludat à querela inofficiosi testamēti quartæ portionis ab intestato debitæ. *l. 2. de inoffic. testam.* Ne itaq; melioris sit conditionis hic filius adoptivus, quā naturalis, sequitur

in ea quarta eum acquiescere debere,R in patre naturali est alia ratio,quàm in adoptivo,ille non censetur filium sine causa præterire, & idcircò in ejus judicio acquiescendum est, relicta ei quarta portionis ab intestato debitæ,in hoc non æquè talis causa præsumitur, nisi eam reddiderit, aliàs in pœnam temerariæ emancipationis vel exheredationis quartam omnium bonorum reddere jubetur.*Vaud.1.q 29.*

XX.

Hodie datus extraneo in adoptionem, nihilominus in familiam ejus transit.

Negant hoc *Dd.* quos equidem videre potui omnes,quocirca citra præjudicium res determinanda erit.Olim transibat.E.& hodiè,cùm illud mutatum non reperiatur *arg l. præcipimus. C. de appellat.* allegabunt me Dd.*ad l.penult.C.de adopt.& §.sed hodie Inst. de adopt.* in quibus meæ sententiæ quod opitulatur, video plurimum:quod officiat,nihil. Meus & propositum *Justi.dd.ll.* est inconveniens illud resecare,quod olim ex adoptione extraneo facti contingebat.Si quis enim adoptabatur filiusfam.ex potestate patris sui naturalis ita exibat,ut nec ad successionē ejus admitti poterat. Rursus licèt in potestate patris adoptivi esset emancipatione, tamen casu aliquo post mortem patris naturalis facta,nihil ex patris adoptivi hæreditate consequebatur. Et sic filius utriusque parentis tàm naturalis quàm adoptivi hæreditate frustrabatur. Hoc (*inquam*) inconveniens maximeq; filio luctuosum *Imperat.* tollens,constituit,ut ratione istius inconvenientis cessaret patris adoptivi jus,& perinde patri naturali succederet,ac si adoptio facta non fuisset,& ad hoc notentur *d.l.penult* Verba *in princ.vers.sancimus. Quasi non fuisset in aliam familiam translatus.* quibus verbis innuit, revera filium in potestatem adoptantis transire,sed tamen ratione successionis perinde haberi quasi nunquam adoptio facta fuisset quod eleganter confirmat *§.sed ea omnia Instit.de hæredit quæ ab intest. defert. in verbo : atque si in potestate naturalis patris mansisset* ; non quod revera manserit, ac quid enim tum hæc adoptio? nec finem ob quem ea introducta consecutura,nec virium aut effectus ullius. Quinimo *d.l.penult. §.1.vers. sed si quidem.* expressè statuit,filium adoptionem extraneo

speo datum emancipari posse, unde quis eum in potestate fuisse non videt: § *praeterea. Instit. quib. mod. jus. patr. potest solvit.*

ADDITIO.

Contra hanc novam opinionem protinus nonnulli ad emancipationem fictam & veram dilapsi sunt. Cum enim urgens viderent id argumentum, quod ducitur ex d. l. pen. §. 1. *verb. sed si qui idem.* nullo alio modo, quàm nunc dictum est, effugere potuerunt, sed discant non gravatè, in toto jure civili fictæ emancipationis nullam fieri mentionem, quinimo quoties de ea quæritur, semper ut patriæ potestatis veræ dissolvendæ modus proponitur, § *praeterea ibidem Dd. Inst. quib. mod. jus patr. potest solvitur l. 1. § alienatio. quand. de pecul. act.* adde *Festum lib. 5.*

XXI.

Plebejus à nobili adoptatus, nobilis efficitur.

Transit enim in familiam & potestatem ejus à quo adoptatur. *l. 11. §. 2. ff. de bonor. poss. secund. tab.* quo ipso & ejus familiæ nomen, insignia, sacra, aliaq; ei genti competentia consequitur. *l. 1. §. 4. ff. unde cognat.* Scio *Cujac. Consult. 56.* distinguere inter generis & gentis nobilitatem, ut illam non consequatur, hanc utique; quia generis nobilitas habitus est, qui ut evelli nequit, ita nec dari, quod verũ est de eo nobilitatis genere, quod virtute sola, ad quævis præclara gerẽda homini à natura insitum est & veræ nobilitatis, *ut Philosophi edisserunt*, prima causa est. Sed aliud est in nativitate, quæ & in proposito nobilitatem tribuit, si eam legalem intellexeris, quæ ex naturali nativitate ipsius parentis adoptivi vim illam trahit, & in eum quasi transfundit quod fictione juris fieri rectè dicitur, cum & alia in adoptione fingantur minus possibilia §. *licet. autem. Instit. de adopt.* unde & adoptio cognationem *l. 1. §. 4. ff. unde cognat.* agnationem *l. 23. ff. de adopt.* consanguinitatẽ *l. 44. ff. eod.* & dignitatem *l. 5. ff. de senatoribus.* tribuere dicitur. Et in avo materno plurimi concedunt. *arg. l. penult. §. 1. vers. si quidem remaneat. C. de adopt.* Cur non igitur & quovis extraneo? cum eandem potestatem, idemq; Jus huic competere in præcedente probavimus quæstione. Certè apud *Romanos* ita observatum fuisse *Ciceronis* evincitur exemplo, qui se ut nobi-

nobilitaretur, *Pisonum* familiæ sociavit. Hinc & constitutum, per adoptionem augeri, non minui dignitatem *l.35.ff.de adopt.* quod exemplo libertini probatur *ex l.sciendum.32.ff.de rit.nupt.* Qui adoptatus ab ingenuo consequitur Jura ingenuitatis; sic & servum per adoptionem liberum fieri docet §.*fin.Instit.de adopt.* cur non igitur ignobilis per adoptionem nobilis fieri possit?

XXII.

Adoptio naturam imitatur.

1. Opponit, quod 14 anno nuptias quis contrahere & generare possit. §.*1.Inst.de nupt.* & tamen 18. anno demum adoptare. §.*minorem. Instit. de adopt.* R. Præterquam quod rarò ante 18 annum quis generationi aptus reperiatur, & leges nostræ non quæ rarò, sed quæ frequenter fiunt, considerant. *l.3.4.6.ff.de LL.* Etiã hoc in adoptione amplius est, quàm in matrimonio, quod electione res agitur, ideoq; opus est Judicii firmitate. 2. Oppon. §.*licet autem Instit.h.t.* ubi qui filium non habet, potest tamen nepotem adoptare, quod non secundum naturam videtur. R. illud fictione fieri, fingitur enim hic filium habere. 3. Oppon. §. *sed & illud Instit.eod.* ubi spadones adoptare possunt, qui tamen generare non possunt. R. *ex l.128.ff. de V.S.* spadonum nomen generale esse, in d. autem §. *sed & illud.* intelligitur is spado, qui quidem ob morbum vel frigiditatem actu generare non possit, potentia tamen vitio sublato possit.

XXIII.

Emancipatione solvitur patria potestas, & tantum voluntariæ Jurisdictionis est.

Fit enim emancipatio secundum legis dispositionem, lex autem consensum utriusque requirit. *l.4.C.de emancipat.* Oppon. *l.si cui legatum.ff.de legat.1.* Ubi hoc secundum vulgarem regulam Juris, hoc est jure directo & ordinario receptũ statuitur, ut invitus parens cogi non possit filium suum emancipare. Extra ordinem verò hæc emancipatio invito imponi potest. *d. l. si cui legatum.92.* 2. Oppon. *l.si lenones.12.C.de episc.aud.l.ult.ff.si quis à par. manum.n. ex §.ult. Instit. quib. mod. patr. pot. solvit.* nullo penè modo parentem cogi posse, nisi filiam peccare coëgerit, vel filium contra pietatem malè affecerit. *Accurs.ad d.§.fin.verbo, penè.*

XXIV. Ma-

XXIV.

Matrimonio non dissolvitur patria potestas.

1. Quia non est inter modos solvendæ patriæ potestatis relatum. 2. propter *l. patri. ff. ad l. Jul. de adult. l. 1. ff de lib. exhib.* Oppon. quod mulier subjecta est dominio viri. *c. mulierem. 3. quæst. 5.* 2. uxor sequitur conditionem & familiam sui mariti. *l. fœmina. ff. de senat.* & forum mariti. *l. exigere dotem. ff de judic.* Vide eleganter respondentem & differentem hac de re D. Schneidew. *in §. sed etsi pater. n. 4. 5. 6. 7. Inst. quib. mod. patr pot. solvit.*

XXV.

Exhæredatio nec patriam potestatem, nec suitatem extinguit.

l ult. ff. unde legit. Exhæredatis liberis patres pupillariter substituere possunt. *§. non solum 4. Inst. de pupill. substit.* Atqui pupillaris substitutio patria potestate liberatis fieri nequit. *In pr. d. 1. 2.* Parens non potest ei dare tutorem, qui non est inter suos hæredes, cùm moritur *l. 73. §. 1. ff de Reg. Jur.* sed pater exhæredato filio tutorem dare potest. *l. 4. ff. de testam. tut. l. 10. §. 2. ff. eod.* Oppon. *l. 1. §. penult. ff. de suis & legit.* R. eam respectu effectus suitatis accipiendam esse, cujus cùm is proprius sit succedere. *l. 11. de liber. & posth. l. cum ratio. de bon damnator.* Videntur illi non esse sui, qui eo destituuntur, licet aliorum intuitu omninò sui maneant.

EXERCITATIO TERTIA.

RESPONDENTE

JOHANNE SAMUELE GREYSSIO Onoldino. Fr.

THESIS I.

Tutela rectius definitur vis & potestas, quàm contractus.

1. Quoniam ita *Servius* definit *in §.1.h.t.* 2. Quia nullum negotium contrahitur inter Tutorem & pupillum. *§ Tutores quoq;. Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu.* 3. Quia vis & potestas, magis quid sit tutela, quàm contractus, explicant. Opponitur *c contract. ff. de R. J.* ibi tutelæ datio inter contractus refertur. R. Tutelam esse vim ac potestatem, si simpliciter accipiamus. Si verò pro administratione ac gestione sumatur, quasi contractum dici & censeri. 2. Oppon. obligatio ut effectus oritur ex suis causis, quæ causæ sunt contractus & delicta. At obligatio oritur inter pupillum & tutorem administratione benè maleve gesta. E R. est in *§. Tutores Inst. de obligat. quæ quasi ex contractu.* 3. Opponitur, quod nihil sit tàm contrarium tutelæ, quàm vis ac potestas. R. non intelligi hoc loco vim violentam, *ut Accurs.* putavit, sed amicabilem & dispositivam, sc. talis potestas favorabilis, quæ in pia defensione potius, quàm in atrocitate consistit.

II.

Verba illa definitioni tutelæ inserta IN CAPITE LIBERO, *ad tutorem sunt referenda.*

1. Quia tutor liber esse debet. 2. Quia verba sequentia: AD TUENDUM EUM, ostendunt, nō ad pupillum referenda esse; aliàs enim

enim latini sermonis ratio efflagitasset dixisse AD TUENDUM ID. 3. Quia in pupillo requiritur nō saltem, ut sit homo liber, sed etjam sui juris *l. 6. § fin. l. 14. ff. de tut.* Opponitur, quod non necesse sit tutoris caput semper liberum esse. *§. 1. Instit. Qui test. tut. dari poss.* R. *Ulp. in fragm. tit. de tutel. §. 5.* caput liberum de eo intelligendum, quod, licet alienæ potestatis sit, liberum sit. 2. Opponitur, quod pupillus debeat habere caput liberum. Ergò. R. malam esse consequentiam; nam sic argumentum inverto. Tutor liber esse debet. Ergò ad tutorem referenda sunt. 3. Opponitur *l. si impuberi. ff. de tutor & curat. dat. ab his.* R. hoc idcirco statutum est, quia is brevi desiturus est servus, & desiisset, nî mora hæredis intervenisset. *Vide Donell. 3. com. 1.* contra *Cujac. 21. observ. 23.*

III.

Tutela tres species complectitur, Testamentariam, Legitimam & Dativam.

l. generaliter C. de Episc & Cleric priore, pater liberis suis prospicit. *§. permissum. Qui test. tutor. dar poss* qua deficiente succedit LEGITIMA. *l 1. ff. de legit. tutel.* quæ ita per excellentiam appellatur, quod solo jure citra ministerium hominis, proximis agnatis deferatur. Quibus deficientibus succedit DATIVA. *l. fin. C de legit. tutel.* Objicitur authoritas *Ulp. in fragm. tit. 11.* ubi tantùm duas species *legitimam & dativam* recenset. R sub *Dativa* ibi etiam intelligi testamentarios, quia & illi à parentibus dantur. Neque enim ex eo loco διχοτομία *Cujac.* placet, siquidem tutelæ deferendæ ordinem pervertit. *Donell. 3. comment. 4.*

IV.

Tutoris datio neq; Imperii, neq; jurisdictionis est, sed tantum permissionis.

1. Propter *l. muto. §. tutoris datio ff. de tutel.* 2. Quia pater suis liberis tutores dare potest, qui tamen utpote privatus jurisdictionem non habet. Et pluribus probant *Corras. 5. Miscell 24. Donell 3. comment. 7. Vacon à Vacun. 6. declarat 78. num. 13. Bellon. 1. supput. 2.* Opponitur *l. 1 ff. de jurisdict.* Resp. ex ea lege colligi illud, jus dicentis officium latissimè exaudiri, nec intra solius juris-

dictionis, quæ jure magistratus competit, fines concludi: Quod nobis opitulatur. 2. Opponitur §. *sed hoc jure ibi*: secundum suam jurisdictionem. *Inst. de Attil. tutor.* R. ibi *Jurisdictionis* verbo territorium significari. 3. Opp. mandari potest tutelæ datio. *l. ii. 12. ff. de offic. Proconſ.* E. necessum sit imperii mixti vel jurisdictionis. R. desumitur ex *l. 1. ff. de Tutor. & Curat.* non videl. propter vim mandatæ jurisdictionis illud fieri, sed quia *Divus Marcus* hoc ei specialiter concessit.

ADDITIO.

Scipio Gentilis antecessor Noricus in nuper edito tract. *jurisdict. lib. 1. ad Orat. D. Marc. c. 1.* aliter *d. l. muto. § tutoris datio. de tutel.* explicat: Quod enim *Ulpian.* negat; *tutoris dationem esse jurisdictionis vel imperii*; id sic exaudit, quasi *Ulpian.* respiceret jurisdictionem ordinariam illam & universè sumptam, quæ sc. magistratui jure magistratus competit: cum addit; *tutoris dationem competere ei, cui specialiter id lex dederit*, intelligit ex eo numero causarum jurisdictionis esse, quas noluit lex cuivis magistratui competere, sed certis; *quæ sanè expositio arguta est*; sed videamus quomodo notari possit. Si enim species jurisdictionis est, consequens est, jurisdictionem sic dividi, ut alia sit legis, alia imperii, alia jurisdictionis. At *in l. 3. de jurisd.* quæ omnia jurisdictionis membra proponit, saltem fit mentio imperii & jurisdictionis. Nulla igitur jurisdictio est, quæ legis dici posset. Deinde privatus dare tutores potest. At nunquam is jurisdictionis etiam in genere sumptæ particeps est. Ergo. Quare ut maximè vera sit opinio *D. Scipionis*, tamen ea saltem pendet in ea datione, quæ fit à magistratu. Nobis autem quæstio est, de omni datione tutoris, h. e. de genere, de quo, qui regulam proponere velit, necessum sit faciat, ne plures ea patiatur exceptiones, quàm exempla, quod in proposito contingeret. *De his alibi plura.*

V.

Cum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habentur, & in hac causa placuit, non minus posthumis, quam jam natis testamento tutores dari posse.

Verba

Verba sunt Justinian. *in §. cum autem Inst. de tutel.* ratio est in *l. qui in utero. 7. de stat. hom.* Opponi solet, quod posthumus non sit in potestate *l. ult. de collat. bon.* neque pupillus dici possit. *l. non est. 161. de V. S.* neque homo *l. in falcidia. 9. ad l. Falcid.* quorum explicatio desumi potest & debet ex *l. si nemo. 19. §. ult. de testam. tutel d. §. cum autem Inst. h. t.* nisi replicare malueris, posthumum quantumvis natum, pupillum dici non posse, nec eum, qui nunquam in patris potestate fuit, in ejus potestate esse desiisse dici potest. R. communiter *Dd.* fictione quadam fieri, ut is, qui in utero est, cum de commodis ipsius agitur, pro nato & pupillo habeatur. Verum vix est, ut fictio illa nostrorum subsistat? quoniam fictio non debet plus operari, quàm veritas. Sed qui verè nascitur, ad utramque fortunam nascitur, nempè incommoda & commoda. Non itaque saltem fictio in commodis, verum & in incommodis procedet. Deindè fictio imitatur naturam. §. *minorem de adopt.* Sed nasci quem ad commoda tantum, est contra naturæ institutum cum regula naturæ sit, eum debere sequi incommoda, quem sequuntur commoda. Quid ergò? *prærogativâ quadam hoc posthumo indultum dicimus*, & causam prærogativæ ex maturo parentum fato deducimus, ut quibus novisse parentes datum non est, & tristem, simul ac nascuntur, lucem adspiciunt, eo fruantur privilegio, ut parentum etiam post fata pia cura & provisione tuti sint, eorumque designatione tutores accipiant, *ratione l. 22. §. fin ad l. Jul. de adult.*

VI.

Liberis emancipatis parens tutores non dat, si tamen dati fuerint, confirmantur, quæ confirmatio dativis eos aßimulandos esse suadet.

1. Forma dat esse rei, & per eam res cognoscitur. At formam accipit hæc datio ex confirmatione. E. 2. demum illi intelligendi sunt testamentarii tutores, qui jure dati sunt. *l. 3. §. fin. ff. de testam. tutel.* At in casu nostro jure datus non est. *Vide Cujac. 7. observ. 7* Opponitur. quod præferatur legitimis. Ergò Testamentarius erit. *l. 1. ff. de testam. tutel.* Resp. Hoc datum paternæ designati-

oni, *propter rationem l. 22. §. final. ff. ad l. Jul. de adult.* Ex quo secundæ objectioni simul respondetur; huic nimirum satisdationem remitti. *l. 23. ff. de confir. tutor.*; Non obstat, quod se excusare possit, non secus ac Testamentarius *l. 1. C. de confirm. tutor.* R. & omnes alios tutores se excusare posse. *§. qui autem. Inst. de excusationibus.* Aliter sentit *Donell. 3. comment. 5.*

VII.

Dantur verò tutores testamento non solum patresfam. sed & filiifam.

In prin. Inst. qui testam. tutor. dar. poss. quod absurdum videri posset, eum, quem nullius rei propriæ administrationem habere constat, alterius patrimonio præfici, quin cum ipse sit in potestate patris, inconveniens videtur, alium in potestate sua habere. *l. sic eveniet. ad l. Jul. de adult.* Verum in promptu ratio est, quoniam filiusfam. quod ad jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis *l. nam quod 14. ad SCtum Trebell.* sed loco patrisf. habetur *l. penult. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Unde *Fabius Maximus* ad filium Consulem, *Non ignoro (inquit) quid patriæ venerationi debeatur, verùm publica instituta privatâ pietate potiora duco. Valer. Max. 2. cap. 1.*

VIII.

Si autem filiusfam. tutelam administraverit, tenebiturnè in solidum parens?

Affirmat *l. 7. de tutel.* Negat *l. 21. de administ. tut.* R. priorem obtinere, si parens *agnoverit*, ita ut quasi ipse gereret: posteriorem, si tantum *consenserit*, ut filiusf. suo promissu gereret, ne tamen ipse teneatur quasi tutelam gereret.

IX.

Servus proprius simpliciter tutor datus, an directam libertatem consequatur.

Affirmare videtur *§. sed & servus Inst. qui testam. tutores dar. possj.* Econtra negat *l. etsi non adscripta. C. de fideicommiss. libert.* in

in ipsis textibus hæc conciliatio apparet, ex regulis juris fideicommissariam libertatem tantum consequitur. Deficiunt enim verba directa, & quibus, directam libertatem consequi debet. *§. qui autem. Inst. de singul. reb. per fideicom relict.* Unde & *Paulus J Ctus* in specie præsenti fideicommissariam tantùm tribuit. *l. si hæreditas. § ultim. ff. de testam. tutel.* & posteà *Imp. in d. l. etsi non adscripta.* Sed tamen, ne pupillus ex hac libertatis datione inutilibus laboribus & molestiis implicetur: Non enim ipse ex fideicommisso paterno, nisi alio ei adjuncto, eam servo & postmodum tutori suo præstare poterit, *l. infanti. § fin. C. de jur. delib.* voluit *Justinian.* ut absque ullius personæ interventu directam quasi libertatem consequatur. *d. § sed & servus*: non quod directa libertas revera sit: neque enim hoc *Imp.* dicit; sed videri accepisse; ad hoc scilicet, ne opus sit pupillum ei præstare, verè tamen manere fideicommissariam, adeoque non orcinum, sed hæredis libertum esse, *juxta § final. Inst de fideicom. libert.* Aliter hanc rem considerant *Cujac. 18. observ. 5. Donell 3. comment. 4. Anton. Fab. 6. conject. 16. Wesenb. Hottom. ad d. § sed & servus.*

X.

Deportatione libertas non adimitur.

§. minor. Instit. de cap. diminut. Est enim libertas naturalis facultas faciendi, quod velis. *§ libertas. Instit. de jur. person.* quam non solùm cives Romani, verùm & aliæ gentes habent. Quare cum deportatione saltem ex civitate & numero Romanorum deportatus eximatur, consequitur, eum nihilominus ea, qua reliqui non agnoscentes jugum Romanorum, libertate gaudere: Quam ratiocinationem non admittere videtur Callistrat. *l. cognitionum 5. de var. & extraord. cognit.* in cujus § 3. hæc leguntur verba: *Consumitur verò, quotiès magna capitis diminutio intervenerit, id est, cum libertas amittitur: Veluti cum aqua & igne interdicitur, qua in persona deportatorum evenit, &c.* ex cujus sanè opinione deportatio magnę capitis diminutioni adscribitur, ac, quod isti consequens est, libertatis privatio inducitur. *§. maxima Inst. de cap. diminut.* utrumque modis omnibus contrarium est, *d. §. minor. Inst. de cap. diminut.* & consensui totius antiquitatis.

Ve-

Verum si filum ac scopum *Callistrati* consideremus, non improbabili interpretatione is juvari poterit: *Existimatio, ait, est dignitatis illæsæ status legibus ac moribus comprobatus, quæ ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur*. Quomodo autem eadem minuatur, quomodo itidem consumatur, propositis exemplis declarat: Inter consumtionis modos ab eodem deportatio refertur, quæ respectu consumptæ existimationis non planè dissimiles magnæ capitis diminutionis effectus parit: Ut enim servorum pœnæ existimatio magna capitis diminutione consumitur, nec ullum amplius statum, utpote qui dominam pœnam agnoscunt, habent; sic consimiliter deportatorum existimatio deportationis pœna tollitur, ut is, quem antea in civitate Romana statum habuerint, omninò consumatur, & in nihilum redigatur; Atque hunc effectum consumptionis *Callistratum* considerare solari luce evidentius comprobatur exemplo subjecto pœnæ in opus metalli, & in metallum. Nam ut maximè quantitate differrent. *l. aut damnum. §. inter rob. depœn.* non tamen qualitate consumptionis discrimen illud patiuntur. Summa ergò est, deportationem respectu consumptæ existimationis magnam capitis diminutionem dici vel ejus effectus habere, & libertatem eam, quæ existimatione consumpta tollitur, perinde consumere, ac si magna diminutio capitis interveniret, licet in cæteris notissimæ maneant differentiæ.

XI.

Transfuga tutor non manet.

Quia patitur mediam capitis diminutionem, *l. amißione. ff. de cap. dimin. l. postliminium. §. transfuga. vers. filius quoq. ff. de capt. & postlim. revers.* Obstat *l. si quis 15. ff. de Tutel.* Cujac. 4. *observ. 9.* dicit aliquid, quod nec verisimile est, nec sensum habeat ullum. Nescio an *Donell.* conjectura verior fiet, pro *aut* transfugerit, *haud* transfugent legentis. Ex *cc.* Florentin. constat, non infrequens illud esse, ut litera H in dictionibus omittatur, veluti pro *Homo* sæpius *legitur Omo*, pro *Habere, Abere*. Nec obscurum cuivis est; imò ex *l. 1. §. aut in illud ff. de solut.* similis omissio reperitur, ubi pro *aut, Haud* legendum constat. Quin imo hanc lectionem disputatio JCt. *in d. l. 15.* efflagitat; Quæ talis est; captivitate quis in hostium

stium potestatem redigitur. *§. fin. Inst. de jure person.* & per consequens tutelam amittit *l. sic evenit. ff. ad l. Jul. de adult.* Quid igitur si quis missus sit quasi legatus, aut ab eis receptus? tutor manet, quare? quia servus hostium non efficitur; si jam, *ut vulgata lectio habet*, addideris, *aut transfugerit*, inepta erit ratio. JCti, quem minimè latebat, transfugam hostium servum nō fieri, sed hostium numero haberi, & proinde nullum ejus esse postliminium. *d. l. postlim. §. transfuge.* De quasi legato, & recepto sc. obsidis loco probabiliter dubitari poterat, *propter l. 14. ff. de legation. & l. obsides. ff. qui testam. fac. poss. vid. Don. 3 com. 14.* Aut si hæc explicatio minus placet, aliam habet *in disput. 14. Pandect. de tutel. quæst. 3. supra.*

XII.

Tutoris authoritas perfectum negotium statim sequi debet.

l. 25. §. jussum. ff de acquirend. hered. de qua lege vide politiss. *Rarard ad l. 5 ff de R. J.* Non obstat *§. tutor. Inst. de authoritate tut.* Verba enim ejus; *tutor statim in ipso negotio præsens auctor fieri debet*; sic exaudienda sunt, ut tutor in negotio præsens sit, ac tum perfecto negotio auctor fiat. *Donell. 3. comm. 13.* 2. Non obstat, quod ratihabitio mandato comparetur. *cap. ratihabitio. de R. Jur. in 6. l. semper. sed & si quis de R. J.* Unde dicendum videbatur, etiam longè post sequi posse authoritatem tutoris. Siquidem nec mandatum in casu nostro locum habet, cum solennitatis gratia authoritatem suam impertiat tutor. *Aliter statuit Cujac. 3. observ. 31. Hotom. in amicab. Res 3.*

XIII.

Pupillus sine tutoris authoritate semper obligatur naturaliter. l. si pupillus. 35. de recept. arbitr.

Cujac. distinguit, si sit factus locupletior, tum obligatur; sin minus, non utique Quæ sententia etsi à neotericis plerisque recepta sit. *Borcholt. de V. O. cap. 3. Vultei. in discep. 16. Gœdd. de contrah. stipul. c. 7. conclus. 12.* Vera tamen meo judicio non est, *propter*

Ccccc

pter

pter *l.127.ff.de V.O.* Ubi pupillus promisit,& sic locupletior factus non est; nihilominus concludit *ICtus*, ejus promissioni fidejussorum rectè accedere, qui non accederet, si obligatus non esset *l.1. de fidejuss.§.1.Inst.eod.* Sed nihil hoc obstare arbitrantur, *cum Cujac. supra citati*, quia in specie *d.l.127.* pupillus locupletior factus est: propterea quod stipulatio utplurimùm aliam causam præsupponit; quod nec nego *cum Paul.lib.5. sent.* utplurimùm: sed quod in casu *d.l.127.* intervenerit, hoc nego, cum & stipulatio absque alterius adminiculo subsistere possit *l. 6. C. Si cert. pet.* Sed instant, aliàs pupillus obligari non possit, neque fidejussor accedere, nisi causa ibi præcesserit: ex qua locupletior pupillus factus esset: Est repetitio (*ut loquuntur Logici*) principii, & ipsa lege satis refelluntur. Si enim in casu *d. l. 127.* locupletior pupillus factus fuisset, necessum erit fateamur contra pupillum actionem efficacem competere: Sed negat hoc JCtus. Ergò & illud. R. *Cujac.* Scævolam JCtum tempus illud inspicere, quod fuit ante *D. Pium*, quo nulla adhuc efficax erat adversus pupillũ actio. Indigna sanè *Cujacio* responsio; De suo enim & præsenti tempore loquitur *Scævola* (qui vixit post *D. Pium*) non de præterito, exemplo non dissimili; si quis hodiè interrogatus, num fidejussor antè reum principalem conveniri possit, responderet non posse, & postea se excusare volens, subderet de eo jure loqui, quod in usu fuerit ante tempora *Iustiniani*; qui non (*inquam*) eum irrisione dignum judicaret? Sic quidnam Scęvolam excusare possit, si de eo jure interrogatus, quod suo tempore in usu fuit, proponeret illud jus, quod jam ex usu moribusq; pop. Rom. abiisset, nec illud ignoramus, sæpissimè juris veteris incidenter JCtos mentionem facere, addunt tamen jus illud, quod tempore suo viget floretque. 2. Probatur nostra sententia *l cum illud. 25.§.1. ff. quando dies legat.* Cui legi respondet *Cujac.* particulam, Nec, tollendam esse, eaque sublata apparet, pupillum locupletiorem factum esse. Sed sententiam legis non subsistere sic probò: Si in casu *d.l. cum illud. 25. §.1.* pupillus locupletior factus est illudque pupilli nomen legetur, utiq; utile legatum erit ante solutionem, & ab illo efficaciter peti potest. At ante solutionem, & pupillo nihil exigi potest. *d.§.1.* Ergò nec factus fuit locupletior. Quod videns *Cujac.* confugit ad tempus illud, quod *D. Pium* præcessit, quàm

bene

bene jam probatum est. 3. Probatur sententia nostra *l. Stichum, 95. §. additio, ff. de solut.* ubi etiam Pupillus in plus, quàm ex contractu consequutus est, obligatur. Quod nec negant adversarii, sed respondent, multa retineri posse, quæ alias acquiri nequeunt. Sed dico, retentionem ejus tantum esse, quod debetur; nam alias si retineret, non jure retineret. At in casu *d. l. 95. §. additio*, ei retentio conceditur: Ergò tantum ejus quod debetur. Deinde ex illis verbis *d. §. sed in solidum creditum suum ex hæreditate retinet*, sic argumentor: non est creditum, ubi non est debitum. Creditum autem solidum *in d. §.* consequitur creditor. Ergò & tantum debitum. 4. Probatur sententia hæc *ex l. 43. ff. de O. & A.* in qua ponitur, pupillum sine tutore suo civiliter non obligari. Ergò naturaliter, idque à sensu contrario. 5. Pupillus doli capax est *l. 3. de R. J.* Ergò consentire potest: Si consentire. Ergò obligari: non civiliter; Ergò naturaliter *l. 1. in fine ff. de novat.* 6. Pupillus ob id, quod locupletior factus est, civiliter quodammodo obligatur. *l. 3. §. 1. ff. de negot. gest.* Utique etiam naturaliter obligabitur ex conventione, qua locupletior factus non est. Nam eventus iste, ut nimirum locupletior factus fiet, nihil aliud efficit & inducit, quam ut civilis obligatio appareat, vel potius civilem effectum habeat; necessum itaque præcedit naturalis.

ADDITIO.

Hæc quoq; distinguentis *Cujac.* post *Johan.* sententia refellitur. *l. 3. §. pupillus. ff. de negot. gest.* Pupillus (*inquit JCtus*) si negotia gessit post rescriptum *D. Pii*, in id conveniri potest, in quod factus est locupletior. AGENDO AUTEM COMPENSATIONEM EJUS, QUOD GESSIT, PATITUR. Quæstio est, *ut videtis*, de pupillo negotiorum gestore, utrum is actione negotiorum gestorum conveniri posset? R. *Ulpian* posse, in quantum factus est locupletior. At quid si non sit factus locupletior, sed agat saltem ad id consequendum, quod de suo impendit, ne scilic. in damno sit, an posset ei compensatio objici malè gestorum, utputa; Vini gestor extitit pupillus circa collectionem, aliaque necessaria impendit 10. ex mala autem gestione vel venditione tenetur absenti in 5. quæritur si pupillus 10. petat, an posset is, cujus negotia

gessit, compensationem s. objicere R. posse. Nec tamen locupletior factus est, quoniam agendo ejus, quod malè gessit, compensationem patitur. Ex mala autem gestione nemo locupletior fieri potest. Nec est, quod quis regerat, id fieri compensationis jure, quo nonnunquam servari possunt, quæ peti non itidem, unde debitum naturale quidem compensationem admittit. *l. 6. de compensat.* non tamen petitionem, quoniam responderi debet, quod compensatio sit solutio *l. 1. 2. 3. de compensat.* Solutio autem ejus saltem est, quod debetur, *in pr. Inst. quib. mod. tollit. obligat.* ita, ut si compensationem admittamus, res fateri nos cogat, debitum fuisse; aliàs compensationis nomen mereri non posset. Quod enim per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit *l. quacunq. de compensat.* cætera vide *in tract. meo de mora c. 6. n. 9. & seq.*

XIV.

§. Si inter. finalis. Instit. de Auth. tutor. *non est correctus*, Novell. 72. c. 1. *ut malè* Accurs. existimavit.

d. §. loquitur in eo casu, quando lis inter tutorem & pupillum orta est, stante tutela. At *d. Novell. 72. §. 1.* loquitur in eo casu, quando tutor ante cœptam tutelam pupillum sibi obligatum habet, quod confirmat *c. 2. d. Novell. 72.*

XV.

Fœminas 12. anno à tutela liberari quomodo intelligendum, dubitatur?

Ita statuit *Imp. in pr. Inst. quib. mod. tutel. finiat.* Cui adversatur, quod *Ulpian. in fragm* scribit *tit. 11.* Fœminas in perpetua tutela esse. Sunt, qui distinguunt inter jus vetus & novum, ut de illo *Ulpian.* de hoc *Justin.* tantum agat. Verùm responsio ea contra *Justinianum* est, qui scribit, se antiquitatis normam in fœminis positam in suo ordine relinquere, *in fin. de prin.* Quocirca rectius subtiliss. *Cont. 2. subsec lect. 13.* hanc rem consideravit, qui tutelam aliam muliebrem, aliam pupillarem esse observavit, fœminam 12. anno tutela pupillari, non etiam muliebri liberari.

XVI. *Lapsus*

XVI.

Lapsus est Tribonian. in §. 1. Inst. quib. mod. tutel. finit. *habitum corporis ad obscœnam quandam indagationem referens.*

Et ita cum *Triboniano* interpretes omnes statuunt; quod eleganter refutavit *Ravard. 4. varior. 10.* quem sequor. Eo saltem præmonito, *Tribonian.* hic à nobis carpi in re tali, in qua interpretem, non jussu *Justiniani* legum conditorem agit, aliàs non nostri (*ut Cont. 1. disp. 13*) qui jura interpretanda, non corrigenda recepimus, officii est, *Tribonianum* lacerare, quin longè honestius & laudabilius erit ipsum defendere: Ait itaque: *Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimare volebant*, quod & *Ulp. tradidit tit. 11. in fragm.* Sed quomodo ex habitu corporis? annè ex obscœna corporis inspectione? indigna sanè gravitate & castitate Romanorum sententia. Quid igitur? externa corporis constitutione, dispositione & figura inspecta, habitus corporis inspectus censetur, & ex ejus aspectu deprehendi facilè potest, utrum quis generare possit, nec ne. Corpus solidum & succi plenum, *inquit Cherea apud Terent.* facilè indicat puellam esse habilem ad usum conjugii. Quod ipsum magis confirmat *l. 32. ff. de minor.* his adde *Ravard. d. loco.*

XVII.

Minor sine Curatoribus suis, personam suam obligare poterit.

l. puberes. 101. de V. O. quia obligari potest paterfam. suæ potestatis pubes, compos mentis. *l. 42. de O. & A.* quæ lex & aliud evidens hujus rei argumentum præbet: ut enim pupillus sine tutoris authoritate non obligatur Jure Civili; sic oppositione rectè posita, minor sine curatoris sui consensu Jure Civili obligari poterit. Quod confirmat *l. neq. 7. ibi: neq. curat. absentia, &c. de contr. stip.* Probat & id ratio elegans Pauli *in l. sciendum. 20. ff. de rit. nupt.* quia officium ejus in administratione negotiorum consistit. Ergò quicquid extra negotiorum administrationem erit, à

minore rectè fieri poterit. Obligatio autem extra rerum administrationem est, quoniam juris vinculum est, quo persona obligatur *l. obligat. 3. de O. & A.* At dices, non sine rerum interventu? Rectè, & quatenus obligatio rerum alienationem secum trahit, non valet. At multa promitti possunt, quæ personam minoris vel ejus industriam concernunt, ad quæ quò minus se obstringat, non refragatur I ratio. Deinde consensu fieri obligationes, *Julian.* tradit *l. 2. de O. & A.* At minorem consentire posse, nemo negat. *d l. 101. d. l. sciend. 20. de rit. nupt.* Non enim nuptiæ sine consensu contrahuntur *l. nuptias. 30. de R. J. E.* & obligari posse consequens est. Deniq; amplissimum restitutionis in integrum tractatum propono. Minor in integr. restitui poterit, si læsus fuerit *t. t. de min. 25. ann.* E. & obligatur. Quod enim ipso jure nullum est, restitutionis non eget. *l. 5. ff de in just. nupt l. bovem. §. fin. ff. de ædil. edict. l. liberos. §. fin. ff de cap dim. l Sempron. circa pr. de usufr. leg.* Oppon. *Donell. ad l puberes.* Curatori negotiorum administratio commissa est. Ergò & rerum contrahendarum. Rectè: Curator habet negotiorum admiuistrationem, ita ut possit simul res alienare. Minor quidē contrahendi, sed non res simul alienandi potestatem habet. 2. Oppon. *l si Curat. 3. C de int. rest.* quæ tale suppeditat argumentum: Minor non absimilis habetur ei, cui à Prætore bonis interdictum est, hoc est, prodigo At is ne quidem jure naturæ se obligare poterit. *l. 6. de V O.* Ergò nec minor. Verum in eo argumento committitur fallacia à dicto secundum quid ad dictum simpliciter. Comparatur quidem minor prodigo ratione alienationis, at non obligationis: ut enim ille non potest res suas alienare, sic nec minor invito curatore. Verum ut ille se se obligare, sic & minor impediatur, falsa est collectio. Rectè itaque cum *Cujac. 19. observ. 33. d. l. 3* de venditione, cui con uncta est traditio, atq; ita alienatio subsecuta est, exaudiemus. Quanquam si nova *viri docti* oppositione duceris, dic opposita seu repugnantia non esse, curatorem habere, & sine curatore constitutum esse. Cum nec illa simili modo pugnantia sint. Omnis homo est literatus, nullus homo est literatus: quod tamen logicum non est.

ADDI-

ADDITIO.

De jure Civili fit quis majorennis, ubi 25 annum compleverit. De jure verò Saxonico, Wann ein Mann zu 21 Jahren kömpt, so ist er Mündich: Landrecht *lib. 1. art. 42, ibid. Gloss. latin.*

XIIX.

Satisdatio tutorum vel Curatorum pignoribus expediri nequit.

1. Per *l. 1. ibi: datis fidejussoribus. ff. qui satisd. coguntur.* 2. *l. 7. ff. de prætor. stipulat.* 3. quia expeditior modus est conveniendi fidejussores, quam distrahendi pignora *l. ult. c. de jur. dom. impetr.* 1. Opponitur *l. 1. §. jubet. ff. de collat bonor.* R. loqui de cautione, quæ vel fidejussoribus vel pignoribus expediri potest, atque ita accipe *l. 4. §. addici ff. de fideicom. libert.* 2. opponitur *promissor & §. final. ff. de const. pecun.* R. non loqui de satisdatione, sed satisfactione, quæ inter se differunt *l. 1. ff. qui satisd. coguntur.* Opponitur *l. 25. de R. I. l. 1. §. 1. ff. de superfic.* R. Decius ad *d. l. 25. n. 3.*

XIX.

Tutelam munus publicum esse recte placuit Justiniano.

In *§. 1. Instit. de excusat,* & ante ipsum JCto in *l. 9. ff. de his qui sunt sui vel alien. Juris. & in l. 17. §. is qui. ff. de excusat.* Opponitur *l. 6. §. tutela. 15. ff. de excusat.* R. aliud est publicum munus, aliud Reip. munus: & de hoc loquitur *d. l. 6. §. 15.* Insto, imò publicum munus est, quod in administranda Rep. consistit *l. honor. 14. §. 1. ff. de mune. & honor.* R. dupliciter considerari publicum: 1. quod ad administrationem Reip. pertinet. *l. 1. §. hujus studii. ff. de just. & jur.* 2. quod ita pendet à ll. ut non sit in privatorum hominum potestate, & hoc modo publicum est, Authoritate scilicet, non utilitate. *Jul. Pacius. 5. ivavl. 81.* Opponitur *l. 15. §. 12. l. 17. §. 3. ff. de excusat.* R. hoc in favorem tutelæ receptum esse, ut licet quis habeat immunitatem publicorum munerum, non tamen à tutela vacet.

Impe-

XX.

Imperiti literarum quomodo à tutela excusentur? dubium est.

Distinguo inter literarum imperitos, qui negotiorum sunt expertes, & eos, qui negotiorum periti sunt: illis excusationem tribuo; his nō æquè. *l.6. in ff. fin de excusat. tut.* Nec his adversatur § *similiter. Inst de excusation.* Particula enim *quamvis*, ibi non confirmat præcedentia, sed restringit, & idem erit, ac si dixisset *nisi*, & ita non uno in loco significationem ejus particulæ reperiri cognoscitur ex *l.7.* § *si quis ff ad exhib. l.2.* § *si certum. ff. de prætor. stipulat. l 75.* §.*6.* & *ibi Cujac. ff. de V.O.* Vide *Duar. in disput. 3. Jul. pac. 5. Enant. 52. Vult. 1. discep. 8.* Aliter statuit *Donell. 3. com. 9.*

XXI.

Excusatio non est per viam appellationis proponenda.

1. §. *qui autem. Instit. de excusat. tut.* 2. appellatio non est, nisi à sententia judicis, *l.1. ff. de appellat.* Tutores autem judicis sententia non dantur, ut sunt testamentarii & legitimi, ut nec dativi, qui sine alia causæ cognitione dari solent. Ergò. *Donell. 3 comm. 9.* Opponitur *l.20. ff. de excus. l.17.* §. *1. ff. de appellat.* R. in initio dationis rectà judicem tutor adire debet *d.* §. *qui autem.* & causas, cur à tutela excusari velit & liberari, proponere, quæ si receptæ non fuerint, tum demum ei appellatio conceditur. *l.1.* §. *1. ff. quand. appell. fit. Duar. c. 1. in fin. de excusat.*

XXII.

Tàm legitimi, quàm reliqui tutores se excusare poterunt.

l. si sororis. C. qui dar. tutor. l frater. 9. C. de excusat. l.1. & 4. C. de legit. tut. l. 1. §. *queri. ff. de legit. tut.* Contrarium statuit *Cujac. in explicatione l. 13. ff. h. t.* motus. §. *qui autem excusare. Institut h t.* ex quo sic arguit: Dari tutores se tantum excusare poterunt. *d.* §. *qui autem.* At legitimos nemo dat. *l. 5. in pr. ff. de le-*

legit.tut. Ergò. R. Etsi ab homine legitimi non dentur, tamen à lege dantur, & expressè inter dativos numerantur in definitione tutelæ, in verbis: *Data ac permissa.* 2. Opponit, quemadmodum sui hæredes hæreditatem repudiare non possunt, quia ipso jure hæredes existunt. §. *sui autem. Inst. de hæred. qualit. & diff.* Sic nec legitimi se excusare poterunt, quia ipso jure tutores fiunt. *in pr. Instit. de legit. tut.* R. in eo suos & tutores convenire, quod ambo *l. 12.* tabularum ipso jure istud nomen sortiantur; in reliquis non item: Sui enim volentes nolentes de jure Civili propter dominii continuationem adire cogebantur; sed legitimi tutores ita demum, si idonei sint, si oneri ferendo pares.

XXIII.

Oblatam culpam remotus tutor non fit infamis.

§. *Suspectus. Inst. de suspect. tut.* ibi excipitur indistinctè culpa. Ergò & lata. Quod enim de genere verum est, idem in omnibus debet valere speciebus. *arg. l. Julianus. ff. de leg 3.* Accedit, quod odia restringi, & favores ampliari conveniat. *c. odia. de R. I. in 6.* & in dubio ea interpretatio recipienda sit, quæ benignior est. *l. 18. 19 ff. de legib.* Hinc & doli solùm fit mentio, qui infamiam meretur. *l. final C. de suspect. tutor.* Non obstat *l. magna. 226. ff. de V. S. l quod Nerva. ff. depos.* Hoc enim in contractibus, non in delictis odiosis & pœnalibus locum habet. 2. Non obstat. *l. 7. §. 1. ff. de susp. tutor.* Quia illud ratione remotionis, non itidem ratione infamiæ locum habet. *ut Bartol. ibid. notavit rectè.* Contra statuunt Corras. *4. miscell. 2.* Zas. *in d. l. quod Nerva ff. depos.* Dec. *ad l. contractus c. 1. de R. I.* Hynsing. Balduin. Hottom. *in d. §. suspectus.* Barbos. *in l. 10 n. 24. in prælud solut. matrim.*

COROLLARIUM.

Cum legati, qui Athenas conscribendarum legum gratia missi erant, rediissent, placuit, creari decemviros, ut tandem scribendarum legum initium fieret. Creati sunt itaq; decemviri, ut Liv. & Pompon. noster in L. 2. §. & cum placuisset de orig. jur. auctores sunt. *Quo autem anno magistratum inierint, variare inter se*

 hi-

historicos auctor est Carolus Sigonius in Fastis. Anno enim uno Livium & Cassiodorum à Capitolinis tabulis & Solino distare ait, dum hi trecentesimo secundo; illi recentesimo primo, quàm urbs condita esset, factitatum scribunt. Verba Sigonii sunt hæc: Hos decem viros anno ab urbe condita CCCI. missos scribit Livius & eum secutus Cassiodorus Capitolini auctores anno CCCII. & cum iis etiam Solinus. Hæc ille. Quantum autem in historiis referat, accuratam annorum rationem habere, quantumq́ confusionis invehat ea neglecta, cuivis, ut arbitror notum est supervacuum ut sit, multa de eo cumulare: qua ratio & hic me movit, ut de ea quam scribit Sigonius inter Livium & alios in annorum supputatione pugna acuratius cogitarem, si fortè ea aptè conciliari & auctorum concordantia reperiri possit. Longe enim vigilantiorem Livium in universo opere offendi quam in hoc loco celeberrimo eum dormitasse opinarer, Capitolinorum sublimiorem esse auctoritatem, quàm ut fides eis derogari debeat, facilè agnovi. Acuratius itaq; Livium perpendens vidi, summam à Sigonio ipsi factam esse injuriam, dum ipsum ad annum CCCI. decemviros referre ait, quod revera cum Capitolinis tabulis, circa annum CCCII. optime congruit. Sic enim scribit Liv. lib, 3. decat. 1. Anno trecentesimo altero, quàm condita erat Roma. iterum mutatur civitatis forma à Coss. ad decemviros; quemadmodum ab Regibus antè ad Consules venerat translato imperio. Hæc ille. Hic quid aliud est, quod Livius annò trecentesimo altero decemviros creatos esse ait quàm quod Capitolinæ tabulæ CCCII. numeris expressum habent. Sed video, quid moveat Sigonium. Is enim putat annum trecentesimum alterum apud Livium idem esse, ac si dixisset anno trecentesimo primo: quod falsum est. Annum enim trecentesimus alter, est annus trecentesimus secundus. Terent. in And. Excessit annus unus & item alter, id secundus. ut ex Donati in eum commentario apparet.

EXERCITATIO QUARTA.

RESPONDENTE

WOLFGANGO Jphofen / SCHNEBER-gense Misnico.

THESIS I.

Primus Liber pertractat jura personarum: Secundus jura rerum: Quartus à Tit. 6. *jura actionum.*

Et hæc methodus est *Justiniani*, ut series librorum Institutionum indicat. Quam summa vanitate nonnulli taxant, contra *l. minimè. 25 ff. de ll.* Defendunt eam unanimi consensu nostri, nec quod de obligationis doctrina adfertur, probabile, aut menti JCtorum consonum. Ostendunt id clarissimè *Institutiones Caii*, in quibus de obligationibus non *libro primo*, quem de personis inscripsit, sed *libro secundo*, qui de rebus est, agitur: sed suo loco cætera reservamus. Hic modo neminem turbet latissima vocabuli REI appellatio, cum ex oppositione membrorum divisionis traditæ in *§. fin. Inst. de J. N. G. & civili*, facilè ejus significatio appareat.

II.

Rerum communio in Republica benè constituta an toleranda?

Dixerit hoc cum *Platon. de legib. 5.* aliquis. *Seneca* licet addiderit, qui quietissimè homines in terra victuros esse arbitratur, si hæc duo pronomina: MEUM: TUUM: è medio tollerentur: De *Numadibus* illud *Strabo lib. 7. Geograph.* refert. Homi-

num tamen perversitas aliud nos docet. Quis enim ejusdem conditionis stultos cum sapientibus, negligentes cum industriis fecerit? *L. 4. ff. quod vi aut clam. l. 24. ff. quæ in fraud. credit.* effectum istum pariet hæc opinio, ut vel ex eo, si causam & effectum se invicem arguere admiseris, monstrosa & humano generi perniciosa appareat. Feracissimam litium segetem non tango, quam providerunt providi, eam tollentes, ex ea quotidie oriri *arg. l. cum pater. 70. §. omnia de leg. 2.* Quocirca & vox illa cœlestis sæpissimè ingeminat: *Furtum non facies.* Quod si omnia communia vellet Deus, non fieret *l. 1. §. furtum. ff. de furt.* Nam quod commune est, meum est *l. si pupilli. §. si quis ita ff. de negot. gest.* Nec quod *in actis Apostol.* de communione bonorum credentium legitur, officit. Temporis enim istius summam necessitatem introspiciendam monent *Theologi.*

III.

Res quædam in patrimonio nostro sunt, quædam extra patrimonium habentur.

Opponit *Borch. ad pr. h. t.* quod servitutes neq; in bonis, neque extra bona reperiantur *per l. 1. ff. de usu & usufruct.* quæ sententia refellitur *l. 4. ff. de usufruct. l. 8. ff. de Reb. auth. judic. poss. l semper. §. in hoc interdict. ff. quod vi aut clam. l. 3. l. 5. ff. si usufr. pet.* in quibus locis servitutes in dominio esse dicuntur; quod si in dominio, ergò multo magis in bonis. Deinde bona nos beant, nobis prosunt, nostrum augent patrimonium *l. 49. ff. de V. S.* Et item eam in bonis habere censemur, quoties pro ea recuperanda actio competit *l. 52. ff. de adq. rer. dom. l. 15. ff. de R. J.* qualis pro servitutibus nobis realis competit *§. æquè. Inst. de Action.* Nec obstat *allegata. l. 1.* quia ibi loquitur *ICtus* de itinere & reliquis servitutibus, quæ constitutæ non erant: eas verè dicit neque in bonis, neque extra bona esse, quoniam quæ constitutæ non sunt, eæ nullæ sunt, ut latius prosequitur *Donell. 4. comm. 5.*

IV.

Communia à publicis proprietate, non usu differunt.

Quia communium proprietas per partes acquiri potest. §. *lit-*

littorum Inst.de rer.div.l.14.d. adquir. rer.dom. Proprietas verò publicorum non utique.*l.2.§.si quis à principe.16.ff. ne quid in loco publ. vel itin.*quia in bonis populi Romani est. *§.flumina. 2 ibi Theoph. Instit.h.t.* Usus tamen horum omnibus promiscuè patet. *l.fluminum.ff.de damn.infect.*Opp.*l.2.ff.de rer.divis.*R. sub rebus *universitatis* ibi comprehenduntur publica.*arg.l.1.ff.de Rer.divis.* 2. Opp.*l.littora 3.ff. ne quid in loc.publ.* R. ibi publica dici quo ad imperium seu jurisdictionem.*Vid.Hottom.8 observ.4.*Quot modis publicum dicatur,eleganter explicat *Donell.4.com.2.*

V.

Unus dominorum si moriatur, in locum purũ rectè etiam invitis sociis inferri poterit.

*L.si plur.ff.de Rellig.& sumt.fun.*Nec obstat *§.relligiosum. 1. h. t.* quia loquitur de extraneo:atque ita intellige *l.6.§.6.ff.comm.div. cum similibus.* 2 Non obstat, quod in re communi invitis sociis nihil agere liceat.*l.Sabinus.ff.comm.divid.* Hoc enim favore relligionis receptum dicitur, neque hæc res cæteris sociis præjudicium aliquod adferret, quoniam damnum amissarum partium resarcietur ipsis judicio communi dividundo. *l.3.commun.divid.*

VI.

Negativa lectio §. Relligiosum h. t. *rectè subsistit.*

Secus quàm existimavit *Anton.August.1.Emendat.12.* qui ex græco *Theoph.in fin.d.§.*negationem illam in verb. Ratum Non Habuerit expungendam arbitratur, cum & illam non agnoscat JCtus *in l.in tantum. §. Relligiosum.1.ff. d. Relligios.* Sed utraque sententia subsistit. Nostri enim §.sensus est,manere locum relligiosum; si dominus prius consenserit; licet posteà ratum non habuerit.*d.l.in tantum* vult, locum fieri non relligiosum, etsi in initio non concedente domino mortuus illatus est, modo posteà ratum habuerit,ut sic ratihabitio mandato comparetur,&ad tempus,quo mortuus illatus est,retrotrahatur. *l. ult.C.ad SCtum Macedon.Donell.4.com.1.*

VII.

Cur muri dicuntur sancti? quia pœna capitis constituta in eos, qui aliquid in muros deliquerint.

Malè hæc ratio conficta est, inquit *Gilbert. Reg. 2. c. art. 4.* Nam si ea sit ratio, cur moneta non sancta dicitur, cum pœna capitis consti uta sit in fallarios & adulteratores? *L.1. C de fals mon net.* R. Non protinus rem fieri sanctam, licet circa eam pœna capitis sit constituta, sed tùm demum, si ea quodammodo divini juris sit, h. e. & propri tate & usu promiscuo in nullius bonis existat, quod de moneta dici nequit. *§. sancta. Inst h t.*

VIII.

Pœna transcendentis muros, etiam cujusq, civitatis, capitalis est.

1. Quia *§. sancta. Instit. h. t.* loquitur generaliter. 2. Quia aliarum civitatum muri etiam dicuntur sancti. *l. 8. §. fin. ff. de Rer. divis.* quæ ratio est capitalis pœnæ. *d §. sancta. Inst. h. t.* 3. Probatur per *l. 3. §. nec non. 17 ff. de re milit.* Obstat *l final. de Rer divis* quæ pœnam capitalem ad muros urbis Romæ restringi debere *exemplo Romuli & Remi* demonstrat. R. Exempla regulam non constringere *Gloss. in l. nunquam ff. de privat. delict.* Contra *Schneidew. Vult. & Dd. in d. §. sancta.*

IX.

Jurenè licito occuparunt venationem Principes?

Graviter hac de re disquiritur apud nostros, ut videre licet ex *Roland. à Vall. 2. consil. 9. Covarr. in c peccatum. p. 2. §. 8 de R. J. in 6. Zoan. in l. 2. n. 145. & seqq. C. de pact. int empt & vendit. Gail 2. observ. 98. Wesemb. in π ff. h. t. n. 7. Hag. quæst. 15. Fach. 1 contr. 1. Pruckman. in tract. de Regal. §. venatio* Negantium fundamenta hæc & similia sunt. 1. Quia iis, quæ meræ facultatis sunt, præscribi nequit *l. 2. ff. de via publ. Wesemb. cons. 2. n 94. cum seq. Gail. 2. observ. 18. n. 4.* Venari autem meræ facultatis est, hoc est, in arbitrio cujus-

cun-

cunque est, velitne venari nec ne, ut colligitur ex *Roland. à Vall. d. cons. 9. n. 17 Tib. Decian. 2. cons. 13. n. 47.* 2. Quia ea, quæ jurisgentium sunt, à Principe tolli nequeunt: nam respectu ejus juris consideratur, non ut Princeps, sed ut alius quivis privatus *arg l. 3, C. de testam, l. ex imperfecto ff. de legat. 3.* ut *Bald.* recte dixerit: *licet Deus subjecerit leges Principibus, non tamen ea, quæ jurisgentium sunt* & expreßè in casu nostro voluit *Decius consil. 197. Roland. d. loco.* Venatio autem est jurisgentium *d. l. 3. h. t. §. feræ. Inst. de rer. divis.* Nam ut *Cicer. 2. de nat. Deor.* dixit: Terrenorum commodorum naturalis est in homine dominatus, nos campis (*ait*) nos montibus fruimur, nostri sunt amnes, nostri lacus, nos fruges serimus, nos arbores, nos aquarum inductionibus terris fœcunditatem damus &c. 3. Quod tantò magis dicendum, quia usus venationis & voce divina hominibus concessus est. Faciamus hominem (*inquit summus ille creator*) ad similitudinem nostram, *& præsit piscibus maris & volatilibus cæli*, Et Bestiis Universis. *Gen. 1.* Animalia ad usum hominis (*ait Lactant. c. 13. de ira Dei*) à Deo facta sunt, partim ad cibos partim ad vestium, partim ad operis auxilia, ut clarum sit, divinam providentiam rerum & copiarum abundantia, hominum vitam instruere atque ornare voluisse: ob eamq; caussam & aërem volucribus, & mare piscibus, & terram quadrupedibus implevit. 4. Confirmat *l. injuriarum. §. fin ff. de injur.* sæpissimè (*habet textus*) rescriptum est, quem non posse prohiberi aucupari. Affirmantium econtrà argumenta hæc sunt. 1. Venatio velut belli meditatio est. Immanes (*inquit Cicer. 2. de natur. Deor.*) & feras belluas nanciscimur venando, ut & vescamur his: & exerceamur in venando ad similitudinem bellicæ disciplinæ &c. Belli autem omnis ansa, omnisq; meditatio præcidenda est privatis, ne alioquin ferocientes mutuis posteà concidant telis: Atq; ideò summis olim viris, & ducibus convenire venatio judicabatur, & ne quicquam servilibus officiis aggreganda *Symmach. 5. epist. 66. Hegius d q. 15. n. 3.* eorum quippe ut proprium belli artes callere & quibus modis à finibus hostes repellendi pulchrum *arg proœmi. Inst.* ita & illis solis ea meritò sunt concedenda, quibus ea cognitio instituitur, ac confirmatur, & hac ratione motos puto *Impp* quod armorum usum privatis interdixerint *l. un. C. ut armor. usus & c. 1. §. si quis rusticus. de pac. tenend.*

xend. Deinde, quid magis commune est, quàm aër? Nec Solem proprium natura, nec aëra fecit, *cecinit 6. Metamorph. Ovid.* attamen prohiberi quis potest, ne eum malis odoribus inficiat *l. unic. ff. de via publ.* littorum & fluminum usum communem esse quis nescit? His tamen aliquis arceri poterit, si quoquo modo illorum usus deterior futurus esset *l. littora. ff. ne quid in loc. publ.* sic & casu nostro, ut maximè venatio omnium communis fuerit, cur non & ejus usus privatis ex rationabili causa interdici possit? *Prima* nunc superius exposita est, *Altera* est cura servandarum specierum in animantibus, ne si omnium libidini promiscuè paterent, singuli multis necessariis carere necesse haberent. *Tertia* est, ne si hoc exercitium rustici, aliique à rebus agendis abducti, per ocium torpescerent, cum tamen publicè intersit ab agricultura rusticos non abduci. *Auth Agricultores. C. quæ res pig. l. 2. de feriis.* Ut enim natus infans (*Vitr. de architect. teste*) sine nutricis lacte non potest ali, neq; ad vitæ crescentis gradus perduci: sic civitas sine agris & eorum fructibus in manibus affluentibus, non potest crescere, nec sine abundantia cibi frequentiam habere: Quinimò cum privatis concedatur prohibere alios, ne fundos ipsorum ingrediantur. §. *fera. Instit. de rer. divis.* cur non hoc multò magis concedendum Principibus, cum ipsi Sylvarum domini sint? atque hanc opinionem affirmativam æquissimam, & omni jure tàm divino, quàm humano verissimam puto.

X.

Non licet in alieno lacu vel stagno piscari.

Cujac. 4. observ. 2. Borch. ad §. fere. Inst. h. t. illud ad exemplum venationis permittunt: *Non rectè*, quia pisces inclusi stagno sunt privati, ut & ipsa aqua, cujus pars esse intelliguntur. *l. funes. ubi Gloss. ad verb. pisces. ff. de act. empt. Guid. Papæ decis. 91.* quem vide *eleganter distinguentem.* Non autem sic feræ animantia, quæ et si solo sustinentur, tamen non ut pisces aqua continentur, neque solo alicujus cohærent, imò potius in aëre vivere censentur, ac illo contineri, quàm aliqua certa soli parte. *Wesenb. in π. ff. de acq. rer. dom.* Ergò sicut aëris usus communis est, tàm in solo alieno quàm suo *l. 1. in fin. ff. de acquir. rer. dom,* & venationis usus tàm in

solo alieno quàm suo communis erit. *Don. 4 comm. 8.* Nec quicquam officiunt *l. 13. § fin. ff. de injur. l. 3. § item fera ff. de acquir. poss.* quibus cum *Cujac.* movetur *Borch.* ut suo loco dicam.

XI.

Fera post prohibitionem capta sit capientis.

1. *l. 3. de adquir. rer. dom. § fera. Instit. h. t.* 2. licet fera in alterius agro subsiderit, nihilominus manet nullius: quod autem ante nullius, id sic occupamus jure, ut in eo nihil alteri detrahamus. Opp. *l. Divus. ff. de serv. rust. præd.* ubi dicitur, non licere in alienis agris invito domino venari. ℞. Aliud esse venari in alieno, aliud quid capere in alieno, ut tuum facias; *ut latius deducunt Duar. in d. l. Divus. Don. lib. 4. comm. c. 8.* Opponit insuper *Cujac. 4. observ. 2. l. in laqueũ ff. de adquir. rer. dom.* quæ lex apertè sententiã nostram confirmat *in vers.* summam tamen hanc puto esse, hoc est, nihil differentiæ erit, utrum permissu domini, vel sine permissu posuerit, dummodo &c. *ut sequitur.*

XII.

Res in bello captæ si mobiles sint, capientium fiunt.

§. Item ea Instit. h. t. publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus est, *l. si captiv. 20. § 1. de capt. & postl. rev.* vel veteranis in præmia assignantur. *l. Luc. Tit. ff. de evict. l. in agris. ff. de adquir. rer. dom.* Donell. *4. comment. 21.* hanc distinctionem non admittit, quia præda alibi dicitur publica *l. pen. ff. ad l. Jul. pecul.* quæ etiam rerum mobilium est, propterea quod furtum ejus fieri dicatur *in d. l. penult.* ℞. Ex *Hom. lib. 10. Iliad.* constat κειμήλια solere ducibus belli reddi, quo nomine res pretiosiores saltem veniunt, à quibus tractum haud inconcinnè dices, ut Romanis quoque hic observatus mos fuerit, nimirum prætiosiora quæq; ducibus reddita fuisse, & ab iis in publicum redacta *l. pen. § simili C. de don. Adde Cujac. 10. observ. 7.* neq; tamen mobilium divisionem à Duce belli instituendam opinor ut malè *Duar. in tract. de adquir. rer. dom. c. 3.* arbitratur: Siquidem *l. natural. § final ff. de adquir. rer. dom.* ait, statim fieri capientium. Non autem statim fiunt capien-

tium, si primum duci bella ea sunt danda, ut is adsignationem eorum faciat *arg. l. qui sic. ff. de solut.* quod evidenter etiam probat exemplum captivorum servorum. *in §. item ea, quæ. h. t.* & declarat exemplis *Gædd. ad l. 3. §. 1. n. 11. de V. S.*

XIII.

An jura de his, quæ rarò accidant, constituantur?

Affirmandum videtur *per §. insula. ibi: quod rarò accidit. Inst. h. t.* Cui adde *l. si major. 22. C. de legit. hæred.* Negant tamen *l. 3. 4. 5. 6. ff. de legib.* Jul. Pac. *1. ἐναντ. 10.* distinguit inter casus rarò contingentes, vel per se, vel per Relationem ad generalem legem consideratos, quæ sententia *dd. ll.* non explicat. *Sensus earum hic est.* Si quid in uno genere aliter atque aliter accidat, atque hoc modo frequenter, illo verò perrarò, jura non ex eo quod perrarò, sed quod frequenter fit, constituuntur, & ita *l. 3. 4. 5. 6.* intelligimus. Secundus autem est, quando casus nonnulli rarò quidem, sed tamen eodem modo in suo genere accidunt, ut in insula in mari nata, & in muliere, quæ post annum quinquagesimum parit. *d. l. 22.* Et hæc est mens *Donell. 1. commment. 15. in fin.*

XIV.

Insula in flumine nata communis est eorum, qui prope ripam prædia possident.

d. l. 7. §. 3. h. t. §. Insula. Inst. de rer. divis. ut enim accidentia subjectis cedant, naturale est *l. Sed & id 23. ff. de rei vend.* quod confirmat *Cajus 2. Inst. 1.* regulariter (*inquit*) constitutum est, ut supposita inferioribus cedant. Alvei autem accidens, vel potius pars est insula, utpote cum eo cohærens, ut vel nunc ex regula *l. quæ de tota. 76. ff. de rei vend.* privati juris esse dicendum sit. *l. 30. §. 1. h. t.* ubi alveum ejus juris esse, cujus & flumen, id est, publici *Cajus* docet. Verùm id ex sententia *Celsi* filii accipiendum, quandiu alveus dici poterit, cum sit ejus stratum & alveus, quamvis respectu ejus, quod fuit, etiamnum dici possit. Atqui nunc *ex l. penult. §. fin. h. t.* argumento ex consequentib. ducto, sic colligo: Quod in publico natum aut ædificatum est, publicum est. Insula autem in publico loco nata est. Ergò & publica esse debet. Sunt qui argu-

gumentum concedant ratione usus, non proprietatis (*Cujac. 14. observ. 11. in fin. Robert. 1. recept. lection. 11.*) quod difficultatem non tollit. Nam necessum concedant simili ratione, & ædificata saltem ratione usus publica esse, cum tamen clari juris sit, inædificata solo cedere, ejusdemq; juris cum solo reputari *d. l. 8. §. cum in suo 10. h. t.* Nec illam distinctionem fovet *d. l. penult. §. si qua insula. 8. h. t.* quod putavit *Cujac.* quam non interpretor de nata insula in fluminis alveo, sed de ea, quam in formam insulæ ex ejus agro redegit flumen, juxta §. *insula. 22. in fin. Inst. de rer. divis.* in qua nihil publici putavit *Labeo.* reprehensus à *Paulo*, concedente eundem usum ejus insulæ, quem vicinorum fundorum domini navigantibus concedere coguntur *l. penult. in fin. de flumin.* flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum adducant, & ex publico in privatum *l. 30. § alluvio. 3. h. t.* Quam interpretationem evincit *d. l. penult. §. sequens. 2.* Qui aliàs eundem cum præcedenti casum contineret, & quid evidentius? Continentis agri mentio nescio quam distinctionem & disruptionem vi fluminis factam indicat *in d. §. 1. l. penult.* Quinimò & hoc intuitu insula in flumine nata usum publicum præstare debet, non tota. Quid enim emolumenti præstaret ejus proprietas semper abscedente fructu, sed juxta definitionem *l. penult. de fluminib.* Ergò superiori argumento per concessionem respondemus, sed non ex eo, id quod volumus, destruitur; quia insula in alveo nata, non in publico nascitur, sed in privato *l. ergò. 30. §. 1. & 2. ff. de acquir rer. dom.* Si ergò quæ insula in publico nascatur ut si propè ripam prædia habeat popul. Romanus, publica erit, ut si quæ virgultis, aut alia qualibet levi materia sustinentur in flumine, ut solum ejus non tangat, atque ipsa moveatur, & hæc publica erit, atque ipsius fluminis est insula, ut inquit *Paul. d. l. pen. §. 2.* hoc est, cujus flumen est.

XV.

Per specificationem, si res ad pristinam materiam reduci nequit, dominium nobis adquiritur.

§. *Cum ex aliena Inst. de Rer. divis.* forma enim dat esse rei, sed is, qui fecit rem, addidit formam. *l. 3. §. genera possessionum. ff. de adq.*

poff. Ergò dominium rei ei debetur. *l. Juliani. §. si quid. ff. ad exhibendum.* 2. Quod nullius in bonis est, occupanti conceditur. *§ feræ. Inst. h.t.* At species de novo facta nullius in bonis fuit. Ergò meritò ea occupanti conceditur. Nec obstat, quod sine materia nulla species, nullum opus effici possit. *Cum Cicerone de divinatione 1.* respondemus. Materia quid juvaret, nisi confectionis ejus fabricam haberemus. Magis enim hîc inspicimus ipsam novam speciem quàm materiā, cujus nulla ratio haberi potest, quia per accessionem novæ formæ deperdita cēsetur *l. 13. §. 1. d. V. S.* Unde & distinctio *ab Imp.* relata *in d. § cum ex aliena* extructa videri potest, à qua illa *Con. 3. comment. 6. n. 3.* aliena est; *ut si species plus habeat materiæ, quàm artis, domino materiæ cedere debeat: sin plus habeat artis, quam materiæ, ei debeat acquiri, qui fecit;* aliena (*inquam*) est, & *d. §. cum ex aliena.* convelitur. 2. Opponitur, quod meum est, sine facto meo ad alium transferri nequit. *l. id quod nostrum. ff. de R. J.* R. *Accurs.* Regulam non procedere, cum quis bona fide, & suo nomine novam speciem facit. *l. 12. §. si quis. ff. ad exhibend.* & quod factum est, alienum non fuit, quia non extitit. Paulò aliter *Donell. 4. comment. 31. fol.* (*mihi*) *308.* 3. Opponitur, quod nemo debeat locupletari cum alterius damno. *c. locupletari. d. R. J. in 6.* R. in specificatione; specificantem quidem nancisci dominum novæ speciei, domino tamen materiæ actione in factum ad veram æstimationem rei tenetur. *l. in rem. §. item quæcunq; ff. de Rei Vind.* atque ita non cum materiæ domini jactura locupletior redditur.

ADDITIO.

Connani rationibus benè respondet *D. Alberic. Gentil. lib. 4. lect. & epist. 16.* Prima est, *quam in thesi posuimus*: non admitto, *inquit Gentil.* quia in judicio isto, cujus res sit, videndum est, quæ res est, ne alteram pro altera tribuamus. 2. dicit *Connan.* quod minus damni accedit ex sua quàm consultorum sententia. 3. *ex l. 13. §. 1. de V. S.* Quod in omnibus aliis controversiis, quæ de accessione traduntur, aliam determinationem inire solent *ICti*, quæ facilè rectè etiam inspectis rationibus resolvitur.

XVI.

Quid si sine voluntate, casu materiæ confusæ sunt?

Placuit commune totum id corpus effici. *§. si duorum. 28. Inst.*

de rer. divis. atque hanc communionem suadet necessitas. Nam cum materiæ confusæ ad pristinam causam reduci nequeant, ne alter cum alterius jactura locupletetur, omninò communicari necesse fuit. Quibus non obstantibus putat *D. Hottom. 4. obs. 21.* tàm *JCto*, quàm *Justiniano* negationem deesse. 1. Quia *Theophil. in not. legit.* ὅ τῷ αὐτῷ, &c. quod si vera vulgata lectio fuisset, commutandum esset ὅ τῷ αὐτῷ. 2. Quia societas non est sine consensu: In dictis autem textibus nullus est consensus; casu enim fortuito materias commixtas esse proponimus, proinde idem juris esse nequit hoc in casu, quod in superiore. Verum ut *Theophili* dissentientis authoritas non tanta est, ut ejus metu à recepta tot seculis lectione recedamus; sic nec ratio *Hottom.* ejus ponderis est, ut nos à proposito dimoveat. Fallitur enim, quod inter *communionem & societatem* non distinguat, societas non est sine consensu; communio utique, qua nihil in jure frequentius, prout in coheredibus usu venit. *l. quib. casib. ff. pro Soc.* & collegatariis videre est. *l. 2. commun. divid.* rerum enim interventus sine consensu expresso eam introducit; Quinimò textus *d. l. 7. §. 9.* alia ratione *Hottomannum* refutat: posita enim lectione *Hottomanni: idem juris non est*; in præcedenti §. dixerat JCtus, communionem fieri, si voluntate dominorum materiæ commixtæ sunt, *Sed etsi voluntate, &c. idem juris est*, hic si legas, *Idem juris non est*, obstat cum superioribus facta connexio, *Sed etsi sine voluntate, &c.* quæ semper idē importat.

XVII.

Qui in alieno solo sciens ædificat, ne quidem diruto ædificio materiæ vindicationem habet.

d. l. 7. §. ex diverso 12. h. t. Sua enim voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur, inquit JCtus *in d. §. ex diverso.* quæ tamen à parte petentis vel maximè requiritur. *l. 23. in pr. ff. de rei vēd.* Nec quoq; condictionem indebiti habet, donare enim potius, quam indebitum solvere intelligendus est. *l. qui fundum. 7. §. servus meus. ff. pro emptor.* idque ex regula nostrorum: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est. *l. cujus. 53. ff. de R. J.* nec quoq; negotiorum gestorum actionem habebit, nam cum ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit, sed suam rē dominus habere inci-

pit *l. si in area.33. de condict. indeb.* & latius tradit *Henric. de Pyro ad §. cum in suo. Inst. de rer. divis.* Opponitur *l. 2. C. de rei vind.* quae vult materiam, sive bona fide, sive mala aedificium extructum est, ad priorem dominum reverti, sed animadvertendum est, non id eo loci dici, malae fidei possessorem materiae vindicationem habere, de quo nos quaerimus, sed priorem dominum, ex cujus materia extruxit malae fidei possessor rectè materiam petere, quod & nos concedimus, cum noti juris sit: non posse cuiquam rerum suarum dominium auferri invito. Quo nomine pluribus actionibus domino materiae contra hunc aedificatorem succursum est, *notant Glossa Henricus de Pyro. & Dd. ad d. § cum in suo solo*, quibus si uti nolit, poterit dominus materiae eventum ruinae aedium expectare, & sic materiam vindicare, ratio hujus rei est *in d. l. 2.* quia non donandi animo hoc in casu aedificium exstructum est: particulam enim Si pro QUIA interpretor, ut accipitur *in l. 48. §. ult. de Jur. fisc. l. 4. ff. de novat. l. 34. § 1. ibid. notat. Jason. de legat. 1. cum similibus.* Donari enim saltem res propriae possunt, non alienae. *l. 9. § fin. de donat. l. 20. h. t.*

XVIII.

Tabulam picturae cedere Justinianus *voluit.*

In §. si quis in aliena. h. t. & JCtus Cajus *in l. 9. §. sed non. ff. eodem* Cui graviter adversatur. *l. 23. §. sed & id. ff. de Rei vend.* adeò, ut *Egvin. Baro & Crisp. in notis ad d. §. si quis*, expressam ἀντινομίαν hic agnoscunt. In qua sententia me confirmat *Cajus. lib. 2. tit. 1. §. item regulariter*, ubi de pictura cum *Paulo* contra *Justin.* statuit. Durum hoc dixerit aliquis & *Justin.* contrarium *in l. 2. § item contrarium. C. de vet. jur. enucl.* Durum licet fiet, menti tamen *Justin.* adversum esse nego, per tradita *1. exercitat. q. 2.* Et hoc malo, quàm ineptas & menti *JCtorum* contrarias responsiones admittere. *Petrus Antiquus Gloss.* distinxit inter picturam tabula pretiosiorem, & viliorem; ut illo casu *d. l. 9. §. sed non hoc autem. l. 23. §. sed & id* procedat, sed cum picturae precium non in materia, sed in arte posita sit. *l. 13. ff. de V. S.* Sententiam illam improbo. Aliter respondet *Jul. Pac. 3. ἐναντ. 43.* Quae responsio, nil minus quàm responsio, & expressis *dd. ll.* verbis convellitur. Aliter. *Gudd. ad l. 13. n. 13. ff. de V. S.* distin-

distinguit inter coreaceas, cereas, lapideas, ligneas tabulas, & artificiosam picturam, ut de iis loquatur *d. l. 23.* de hac *d. l. 9.* Sed cõciliationem eam non facilè admissurus est is, qui apud veteres istarum tabularum usum non picturis, sed scriptionibus destinatum sciverit. Aliter *Hug. Donell. 4. com. 36.* cujus quidem conciliatio præ cæteris familiam ducere videtur, & sequerer, ni ex collatione *dd. legum* nimia & implacabilis pugnantia, adhibita licet *Donelli* distinctione, appareret, *ut disputatio latius declarabit.*

XIX.

Bonæ fidei possessor omnes fructus, etiam naturales lucratur.

§. si quis à non domino Inst. h. t. Ex quo §. sic arguere licet: Bonæ fidei possessor percipit fructus pro cultura & cura. At culturam adhibet industrialibus, curam verò naturalibus, *text. express. in l. 7. §. non solum ff. solut. matrim.* Ergò. 2. Bona fides tantum præstat possidenti, quantum veritas, hoc est, ipsum dominium. *l. bona fides. 136. ff. de V. S.* At dominium præstat omnes indistinctè fructus domino *l. 25. §. 1. ff. de usur.* Ergò. 3. Bonæ fidei possessor percipiendo suas facit olivas *l. si ejus fundi. 75. ff. de Rei Vind.* atq; olivas fructus esse naturales certum est, quippe quas sola propè natura, æquè ac pomum, pyrum, & cæteros naturales fructus producit *l. 41. 42. de usu usufr. legat.* 4. Plus juris in fructibus percipiendis habet bonæ fidei possessor, quàm usufructuarius. *l. qui scit. 25. §. 1. vers. præterea. ff. de usur.* Atqui usufructuarius etiam naturales acquirit fructus *l. 7. in pr. l. 9. in pr. & §§. seq. ff. de usufr.* 5. Probatur hoc *per l. bona fidei 48. ff. de adq. rer. dom.* ubi particula OMNES procul dubio etiam fructus naturales includit. Nam quod post *Azon.* nonnulli ad fructus etiã ab alio latos eam referant, ex subjecta ratione convellitur: *loco domini penè est.* Hoc enim modò non loco domini erit, sed plurimum ab alio distabit, & ne quem turbet particula *penè*: sciendum, ita eum loco domini esse, nisi dominus supervenerit. Unde & JCtus *in d. l.* dicit: *interim suos facit, h. e.* percipiendo ita lucratur & suos facit, nî interim, antequã consumit, dominus supervenerit. 6. Evincitur illud *ex l. in pecudum. ff. de usur. & d. l. 48. §. & ovium. ff. de adq. rer. dom.* ubi fructus pecorum lucratur bonæ fidei possessor, qui tamen fructus naturales sunt, cum pleraq; pariant nulla hominis præsentia, nedum

La-

labore aut industria accedenti. Opponi solet *l. fructus, 45. ff. de usur.* cui ut satisfaciant, respondent *Ant. Fab. 4 conject. 17. Vult. 1. discept. 20.* maritum ea in specie malæ fidei possessorem esse: Quæ responsio nec jure, nec ratione fundatur; imò expressè convellitur *l. 17. ff. de donat. int. vir. & uxor.* & probat *d. l. fructus* in verbis: *sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris.* Quæ illatio mala esset, nisi innuerit maritum bonæ fidei possessori conferri. Quocirca ad *l. bona fides. 136. de R. J.* confugiendum est, tùm nimirum bonæ fidei possessorem omnes fructus lucrari, quoties lex impedimento non est. At lex eatenus prohibet donationem inter conjuges, quatenus ex iis accipiens fit locupletior, & donans pauperior, quod in proposito in fructibus naturalibus apparet.

XX.

Cui acquiritur thesaurus inventus?

Quod una definitione explicari nequit, licet eam proponat JCtus *in l. 31. §. 1. h. t.* nam & contra illam nunc disputabimus. *Paulus* ex naturali jure ratiocinatur, quod inventori id tribuit, quod anteà in nullius bonis fuit *l. 3. in pr. h. t.* quod & nos accipimus, & per retorsionem à contrario id nulli tribuimus, quod nūc alicujus in dominio est. Thesaurus autem recōditus in Principis dominio videtur, quia pecuniam quis sepelire principalib. cōstitutionibus prohibetur *l. 4. § pen. ff. ad L. Jul. Pecul.* Quæ sic elusoriæ fiant, in commissum ea cadet, simulq; fisco jus acquisitum censebitur, quod confirmat *l. 3. §. Neratius 3. de acquir. vel amitt. poss.* sed etsi sciat (*inquit JCtus*) non capiet longa possessione: *Quia scit alienum esse,* principis scilicet, Quamvis in eo textu *Duar. Cujac. & alii* impropriè Thesaurum accipiant pro eo qui nuper defossus est, quod proprietati vocabuli, *Thesauri,* refragatur, *d. l. 31. §. 1 h. t.* à qua non recedimus, nisi ob magnam rationem, nec insolens superior est expositio. Sed ab hoc jure optimus *Hadrianus,* qui dicere solitus est; *siquid Spartiano credimus*; se ita Rempub. gesturum ut sciret populi rem esse, non propriam; recessit, motus illa naturali æquitate de qua dixit *Paul.* & cōfirmat *Just. in §. Thesaur. Inst. de rer. divis.* à qua an recessum propter *Martiani d. l. 4.* dicemus, qui non ita diu post *Hadrianum* sub *Antonio Pio* nimirum vixit? Pependit res omnis (*Teste Cujac. 9 obs. 37.*) ex arbitrio Impp. *Antonius Philosophus & Verus divi fratres* aliquid de ea

consti-

conſtituerunt *l.3.* §.*pen.de jure fiſc.* poſt quos & *Alexander*, qui repertori Theſauros donavit, & ſi multi eſſent, addidit his eos, quos habebat in officiis; *autore Lampr.* & ante hos omnes *Coccejus Nerva*, ad quem cum *Herodes Atticus* referret, ſe Theſaurum inveniſſe, reſcripſit: licere inventori eo uti vel abuti. Hodie ex *Iuſtiniani* conſtitutione utimur hac in re jure certo: credo factum omni jure *in d.l 4.* improbari, propter rationem *l.1. & qua notantur ibi de uſu numm. ff.d.contrah. empt.* & propter eundem pecuniæ neceſſarium uſum repertor honorari debuit. Jus ergo de theſauris, hoc eſt, quos quis in ſuo loco invenerit, ſibi retinet, idque propter dictam naturalem æquitatem. Nec enim hic ulla cupiditas eripiendi, per quam nullus ſe dominus ingemiſcat amiſiſſe *ut alibi ait Caſſiodorus.* Idem obſervandum, ſi quis in ſacro aut religioſo loco aliquid invenerit *d.* §.*Theſaurus.* Cum quo pugnare creditur *d.l.3.* §. *penult. de jur. fiſc.* Etſi forte *ex Imperatorum reſcriptis* hæc contraria dici probabiliter poſſunt, tamen quia nunc omnia *Iuſtinianus* ſic nobis reliquit quaſi à ſe profecta; illos ſequi animus inclinat, qui *d.l.3.* §.*penult.* exaudiunt de locis religioſis publicis, quod & antecedentia & conſequentia confirmant, & Romanis privata & publica ſacra fuiſſe probat *l.9. in pr. ff. ad l. Iul. peculat.* Nec obſtat loci religio. Nam, *ut Caſſiod. ait.* Ædificia tegant cineres, columnæ vel marmora ornent ſepulchra, talenta non teneant, qui vivendi commercia reliquerunt. Imo culpæ genus eſt, inutiliter abditis relinquere mortuorum, unde ſe vita ſuſtentare poteſt viventium. De locis alienis aperta eſt definitio *d.* §.*Theſauri*, modo fortuitò invenerit: Ratio eſt in *l. unica. C. de theſaur.*

ADDITIO.

De jure Saxonico ſic loquitur textus: Alle Schätze unter der Erden begraben/tieffer dann der Pflug gehet/gehören zu Königlicher gewalt/ id eſt, ad regalia Landr. *lib.1. art.35.* qui textus ſi ſimpliciter accipiatur, erit contra juris communis diſpoſitionem. Verùm ibidem D. Zobelius eum exaudit, ubi arte magica inventus eſt. *Vide conſult. Sax. part.5. q.10.*

XXI.

Error in caussa traditionis vitat traditionem.

l. si ego. 18. ff. de Reb. credit. Nuda enim traditio nunquam dominium absque justa caussa transfert *l. nunquam. 31. ff. de adq. rer. dom.* 2. In omnibus rebus, quæ dominium transferant, concurrere oportet affectus ex utraque parte contrahentium *l. in omnibus. ff. de O. & A.* qui in errore nullus est. *l. 15. ff. de jurisdict.* Opponitur *l. 36. ff. de acquir. rer. dom.* Nonnulli inter dissensum & errorem distinguunt, ut *d. l. 36.* de errore *d. l.* si ergò de dissensu accipiatur. Quæ sententia refutatur *l. 2. in pr. ff. de jud. d. l. 15. ff. de jurisdict. l. 116. §. 1. ff. de R. I.* Aliter *Hugo Donellus 4. comment. 18.* Nos cum *Jasone* distinguimus inter obligationem constituendam & dissolvẽdam, ut *d. l. 36.* de liberatione loquatur, quæ obligatione favorabilior est. *l. Arrianus. ff. de O. & A.* & magis sustinetur, quam obligatio. *arg. l. cum quidam 10. de lib. & posthum.* nec impediunt hanc interpretationem verba illa *d. l. 36. tu eam quasi creditam accipias.* Ea enim non activè, sed passivè accipimus *cum Alciat. 5. parerg. 15. Gilbert. Reg. 2. ἐναντ. ultim.*

XXII.

Quæ in tempestate maris navis levandæ caussa ejicimus, nostra permanent.

§. Alia sanè caussa. Instit. h. t. Finis enim cujusque rei introspici debet. *arg. l. qua injuria 53. ff. de furt. l. aut facta ff. de pœnis.* Ex quo æstimare in casu proposito licet res non eo animo ejectas esse, quasi non amplius eas quis velit in dominio suarum rerum esse, sed quò melius periculum maris levata navi effugere possit. *l. 8. ff. ad legem Rhod. de jact.* Huc pertinet, quod dicitur, in necessitatibus neminem liberalem censeri *l. rem legatam. 18. ff. de adim. leg.* Opponitur *l. falsus 43. §. si jactum ff. de furt.* Respondet *Francisc. Hotom. ad d. §. alia sanè,* Ulpianum à Justiniano dissentire. Quod non probo; quin potius in *Ulpian*, responso particulam cum, non ad caussam, sed tempus & rei qualitatem refero, ut tùm præsumantur pro derelicto haberi res ejectæ, quando ejiciens eas

scit

scit perituras. Quid enim si libros, resque similes, quæ diu maris humorem ferre nequeunt, in altum & medium Oceanum jactaverit? ex tempore & rei qualitate apparet: eum nolle amplius ad se res eas pertinere. *Baro ad d. § alia.*

EXERCITATIO QUINTA.

RESPONDENTE

MICHAELE KITTELMANNO

HALENSI SAX.

THESIS I.

Servitus in hoc loco nihil aliud est, quàm jus (a) in re aliena (b) ad usum alterius alicujus prædii (c) vel personæ (d) præter ejus naturam constitutum.

(a in fin. Inst de Reb. corpor. & incorporalib. l. 1. §. quadam ff. de rer divis. l. 1. de usufr. Hottom. hoc tit. enunc. 5. (b) nemini n. res sua servit. l. 5. in pr. ff. si usufr. pet l. 26. ff. de servit. prad urb. l. 32. in fin. de servit. rust. Cui axinmati non adversatur, quod servus domini sui proprius sit, & ei serviat. Ergo & res sua domino servit. *R. Corras. in Rubric. n. 20. ff de servis*, illud axioma locum non habere in servitutibus servorum, quod verissimum est, & sic explico, servum domino suo servire, non jure servitutis, sed dominii, quod ex servitute profluxit qua ratione & omnes res nostræ nobis servire rectè dicuntur *(c) l quotiens. 15. ff de servit. (d) d. l. quoties.*

II.

Estq; vel realis vel personalis.

Quod perspicitur ex eo, cui servitus debetur, ut si personæ

servitus debeatur, illa personalis sit: si verò rei, ut tum realis perhibeatur, *Donell.9.commen.22.* nisi apertè conventio ostendat jus personæ, non rei quæsitum esse *l.14.§.fin.ff.de alim.leg.* Addit post Dd. *Cæpol.in tract.de servit.urb.c.1.* tertiam speciem, nimirum servitutes à persona personæ deberi; quæ idcircò addi non debet, quod jura personarum & rerum confundat: Est quidem hominum servitus, verè servitus, sed non ea, quæ cum his, de quibus acturi sumus, possit eidem generi subjici. Nam illa de statu personarum est, hæc de rerum usu, atque ita planè inter se diversæ, *contra Forcat.in l.1.ff.de servit.*

III.

Realis ex discrimine prædiorum, quæ non loco *sed* materia *distinguuntur, alia est rustica, alia urbana.*

l urbana.198.ff.de V.S.l.1.ff.commun.prædior.§.prædiorum. Inst.hoc.tit. materia nihil aliud significat, quàm qualitatem, usû, propter quem prædium extructum est. Unde si prædium habitationi, voluptati, usibusque urbanis sit destinatum, ut maximè ruri sit constructum, urbanum nihilominus erit. Si verò non habitandi, sed ad usum percipiendorum fructuum & agri comparatum sit, licet in urbe extructum sit, rusticum prædium appellabitur *d.l urban.198.* Opponitur *l.2.in pr.ff.de servit.rustic.* ubi *Neratius* servitutes ædificiorum vocat servitutes rusticorum, si ædificia sint ruri extructa, unde & ratione loci sumenda servitutum distinctio videtur. R. Aliter hanc rem considerari in vulgato, & quidem recto latinæ linguæ sermone; aliter in usu juris. Illo modo ædificium ruri extructum, rectè rusticum appellatur, quem *ICtus in d.l.2 in pr.* secutus est, quod nec reliqui *ICti* negant, ut cõstat ex l. *fundi appellatione 211 ff.de V.S.* hoc modo, scilicet quoad usum juris: illud ex materia, non loco (*ut dictum est*) æstimatur, quem nostri pressiùs insequuntur. 2. Opponitur *l.eo jure §.stabula ff.in quibus caus.tac.pign.contrahat.* de qua lege etsi multa *Alciat. & Gædd.ad d.l urbana,198.de V.S.* tradant: Tamen cum ejusdem sit *Neratii ICt.* placet omninò superius recitata solutio. quæ confirmatque finalibus *d.§.stabula* verbis: *quod causam* [illegible] *&c.* hoc

est,

est, etsi in recto latinæ linguæ sermone pro rusticis habeantur stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, tamen quia in juris continentia ædificiorum nó attenditur, ea quoad caussam taciti pignoris pro urbanis habemus. 3. Inter se non pugnant *l. ult. §. 1. C. de servit. cum l. 2. ff de servitut. urb. præd.* in priori enim lege *Area* pro loco accipitur; in quo frumentum ruri excutitur & tunc rectè inter rusticas servitutes computatur. In posteriori, pro loco in ædibus vacuo accipitur, & tunc urbana servitus erit *Forcat. dialog. 16. n. 2. Donell. 11. comment. 4. & in tract. de pignor. c. 4. Goveau. 1. variar. lect.*

IV.

Sunt verò Rusticorum prædiorum Jura seu servitutes potiores : Iter, Actus, Via, Aqua ductus.

l. 1. ff. de servit. rusticor. præd. Dico *potiores*: nam quidam inter rusticas servitutes computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, Arenæ Cretæ, lapidisve eximendi. *§ inter. Inst h. t. l. 1. § 1. de servit. rustic. præd.* quæ tamen non directò & per se, sed per consequentiam prædio rustico inserviunt, hoc est, quæ personæ vel pecori conceduntur, respectu tamen & occasione fundi. *l. 4. 5. ff. de servit. præd.* Et hæ servitutes, quatenus ad usum personæ constituuntur, personales sunt *d. l. 4.* quatenus ad habitationis commoditatem est urbana, quatenus ad fundi utilitatem est rustica. *d. l. 5. & 4.* Unde *gloss. in l. 1. ff. de servitut. Cæpoll. c. 19.* servitutes rusticas dividunt in nominatas, & innominatas. *Nominatas* appellant, quæ non ab actu nominantur, sed nomen habent juris, & à jure impositum, ut sunt in thesi nostra positæ. *Innominatas* dicunt, quæ non à jure, sed ab actu utendi denominantur, ut sunt aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus &c. Quæ divisio commentitia est, propterea, quòd innominatæ æque per verba *Iuris* demonstrentur, quàm nominatæ, tùm quòd nominata in jure nostro dicitur, quæ nomen speciale habet. *l. 7. in pr. ff. de pact. l. naturales. ff. de præscript. verb.* omnes autem servitutes sunt hujusmodi; igitur nulla innominata *prout declarat. Corras. ad l. 1. h. t.*

ADDITIO.

Quibus finibus, quaque mensura iter, actus, aut via constent, explicat *Alexand. ab Alexandr. 2. genial. dier. 20.* eleganter *Varro 4. de ling lat. originem earum ostendens.* Quâ, *inquit*, agebant, actus: qua vehebant, viæ ductæ: quò fructus convehebant, villæ: quò ibant, ab itu ita appellarunt &c.

V.

In servitute actus iter quoque continetur.

Obscura hæc est quæstio, inquit *A. Faber. 1 conject. ult.* quam tamen ipse cum communi definit. *Iter* sub *actu* contineri *quoad commoditatem*, non *quoad servitutem.* Contra quam definitionem est *text Inst. de servit.* ex quo sic colligitur: Iter ut est servitus, jus est eundi, ambulandi hominis. At qui actum habet, hujusmodi quoque jus habet. Ergo habet itineris servitutem. 2. Cui plus concessum est, utique illud, quod minus est, concessum esse intelligitur *l. non decet. 21. ff. de R. I.* 3. Cum duo conjunctim concessa sunt cum graviore incommodo prædii servientis, ei multò magis licent singula, quæ servitutis incommodum minuant. Licet enim prædii servientis conditionem leviorem facere *l servitutes. §. pen. ff. de servit. urban. præd.* 4. Probat text. express. *l. 1. ff de adim leg.* Et qui actu legato iter adimit, nihil aufert, & *l. qui usumfructum 58. ff. de V. O.* Eum, qui stipulatus actum, posteà iter stipulatur, nō magis utiliter stipulari, quàm si decem stipulatus, posteà quinq; stipuletur, quod tamen minus verè diceretur, si actu promisso iter quoque non deberetur, quod idem dicitur *in l. 9. §. final. de novat.* Opponitur *l. loci. 6. § qui iter. ff si servit. vind.* ubi dicitur: Actum esse posse sine itinere. R. hoc procedere, ubi ita cōventum est. Pacta enim dant legem contractui *l contractus. ff de R. I. Donel. 11. comment. 6. 2.* Opponitur *l si mater. 11. §. si iter ff. de except. rei vindicat. v. Corras. ad l. 1. n. 94 ff. de servit.*

VI.

An rectè in definitione viæ pro Eundi *legatur* Vehundi? *Affirmamus.*

1. Quia aliàs nulla sufficiens apparet differentia inter *actum & viam*: nam & *via* jus eundi, ambulandi, & agendi continet; sic

&

& *actus* Cum tamen plura in servitute *via*, quàm *actus* contineantur. *l. qui Sella 7. §. pen. ff. de servit. præd. rust.* nisi quis dixerit ea appellatione verbum *agendi* venire, ut *Ant. Faber. 1. conject. ult.* voluit. Quæ sententia manifestè refutatur *l. ferri 235. ff. de V. S.* nec difficultatem tollit *Corras. ad l. 1, n. 99. ff. de servit.* qui dicit in servitute *actus iter* non contineri principaliter, sed per consequentiam. In *via* autem & *actus* & *iter*, utrumque æque principaliter venit. Nec enim hîc consideratur ulla consequentia vel *(ut sic loquar)* principalitas, sed illud tantùm, ut natura rei definitæ exprimatur, quod non fit. 2. Suadet nostram sententiam vocabuli etymon: dicitur enim via à vehendo. 3. Hoc ratio præcedentium definitionem exigit. Nam *iter* definitum est, jus eundi, nempè quia dicitur ab agendo: Par igitur, & prioribus omninò consequens est, ut dicatur *via* jus vehundi, quia scilicet & hæc dicitur à vehendo. *Conan. 4. comm. 11. Donell. 11. comment. 6.*

VII.

Si itineris viave servitus sine ulla determinatione partis fundi constituta sit, cujus electio erit?

R. Pac. 3. locor. l. 52. hæredi concedi 1. *l. si via 26. d. S. R. P. & autor cum Costal. in l. 9. ff. de servit.* 2. quia dominus, qui servitutem debet, potest iter in certa parte jam consuetum in alium locum transferre. *l. 2. §. penult. ff. de relig. & sumpt. fun.* Verùm ipsis adversatur *l. 9. de servit.* in qua dicitur, legatarium quà vult, viam dirigere posse. Item *l. si mihi de S. R. P.* ubi dicitur: quod simpliciter concesso aquæ itinere. totus fundus serviat *item l. ult. de aqua quot. & æstiv.* quæ vult; eum cui rivus debetur, quacunque vult aquam ducere, posse. Atque horum locorum motus authoritate, ei cui constituta est servitus, electionem tribuit *Donell. 11. comment. 13.* cujus sententia ex eo confirmatur, quòd in generali legato electio sit ipsius legatarii *§. sed generaliter. Inst. de legat.* Nec quicquam officit *d. l. si via 26. de S. R. P.* in qua fundi electio tribuitur, sed sub conditione si modò nulla captio legatario fit in servitute. Hæc conditio rem expedit, & eam electionem, quam legatario tribuimus, confirmat. Tota n. conditione & ipsi legatario tribuimus hanc conditionem, si qua ejus captio futura sit, & si nulla ejus captio sit, denegamus.

IIX. *Utrum:*

IIX.

Utrum jus altius tollendi ædes rectè inter servitutes referatur? Affirmo.

l.1.ff.de servit.urban.§.aquè Inst.de action. Opponitur quòd naturalis libertatis jure liceat unicuique ædificare tollereque etiam in infinitum*l.altius.C.de servitut.& aqua l.cujus.24.ff.de servit.urb.pradior.* At quando id quod servitutis nomine constitutum est,etiam sine conventione ipso jure licet, servitus dici nequit, ut ex *superius* recitata servitutis definitione liquet:Et probat *l.sicut.8 final.ff.si servit vindic.*tantas officit tenebras Doctoribus hoc contrarium,*inquit Coras.ad l.1.n.9.de servit.*ut necdum lumen receperint.Nam quò plus se extricare pergunt, eò magis impediuntur: Et novissimè *Vult. 5.discept. ait*, Interpretes vulgo existimare hunc nodum esse inextricabilem: *ut & Donell.* hanc rem magnam difficultatem omnibus attulisse scripserit *11.comment.5.* Putarem non incommodè responderi posse, jus altius tollendi ædes, interdum speciem servitutis esse,interdum libertatis.Servitutem esse in eo casu, si altius non tollendi servitutem ædes meæ debeant ædibus tuis,tuque deindè mihi concesseris jus esse te invito altius tollere ædificia mea. Hæc enim facultas altius tollendi à te mihi concessa,solo jure illius servitutis,quam ædibus tuis imposuisse censeris,niti censetur.*l si domus.ff.de servit.urb.* Et hæc fuit primò nova consideratio *Coras. d.loco.n.14.* quam tamen parum sibi constans,ibidem statim rejicit;ea enim concessione (*inquit*) videtur magis vetus servitus à me tibi remissa, quàm nova constituta,sed nihilominus eam probo, per tradita *à Iul Pac.3.Erart.56.*

IX.

An servitus altius non tollendi, & ne luminibus officiatur, sit eadem? N.

1.Quia qui non ædificando,sed alio modo,puta viridariis lumina obstruit,non contra primam, sed secundam servitutem facit.*l.ædificia.11. de servit.urb.præd.l.si arborem.17.§. interdum.eod.* 2.quia in *§. prædiorum, Inst.de servit.* expreßè hæ duæ servitutes sepa-

separantur, ex quibus nullo negotio objectioni *Donell. 11. com. 5.* respondetur, qui putat, neminem luminibus nostris officere, nisi quid altius tollendo, cum constat & eum, qui deprimit, nonnunquam luminibus officere. *d. l. 17. §. interdum. ff. de S. V. P.* AN SERVITUS, QUÆ LUMINUM DICITUR, ALIA SIT AB ILLA NE LUMINIBUS OFFICIATUR? *A. per l. 4. de S. V. P.* Ubi definitur primùm, quòd contineatur servitute luminum, deinde subjicit per adversativam, quod contineatur servitute, ne luminibus officiatur, quæ distinctio & adversativa indicat res diversas ab eo statui. 2. quia illa ad certum locum restringitur, hæc universum fundum respicit. Confirmat *l. 23. de S. V. P.* adde *Costal. ad d. l. 4.*

X.

Aquæ ductus realibus non personalibus servitutibus adnumerari debet.

1. Quia sic placuit *Justiniano in §. 1 Instit de servit.* ubi inter reales refertur. 2. Quia ductus aquarum regulariter fundi sunt *l. 1. §. præterea. ff. de aqua quotid.* 3. Unde & quatenus opus est, fundo dominanti aquam ducere licet *l. 2. §. 1. de servit præd. rusticor. l. 10. ff. si servit. vindic. l. 1. §. hoc interdictum. ff. de rivis.* 1. Opponitur. *l. Mela §. fin. ff. de aliment. & cib. legat.* R. agi ea in lege de mixtis servitutibus, ut sunt haustus aquæ, & pecoris ad aquam appulsus, de quibus in quæstione 4. & ita ad propositum malè inducitur. 2. Opponitur *l. Lucius ff. de servit. rustic.* Ubi aquæ ductus personæ, non prædio debetur, quòd est contra naturam servitutum realium. *l. unus ex sociis. ff de S. R. P.* R. in casu illius legis non jus servitutis, sed usus aquæ du[c]endæ concessus erat. Idque JCtus satis ostendit his verbis: *Usum aquæ, &c.* & rursus *Ad hæred. Seii quasi usuarii, &c.* Notum autem est usum personalem esse, ac cum persona extingui. *§. 1. Inst. de usu. & habitat Waltb. l. miscell. Coras. ad l. 1. de servit. num. 122.*

XI.

Servitutes reales sine prædiis constitui nequeunt.

§. Ideo. Inst. de servit. l. 1. ff. commun. prædior. Sunt enim præ-

dia subjecta servitutum: Servitutes eorum adjuncta. At hæ sine iis esse nequeunt. *l. nihil. 119. ff. de R. J.* Opponitur *l. si servitus 23 §. 1. ff. de servit. urbanor. præd.* Ubi statuitur, quod futuro ædificio imponi vel adquiri servitus possit. Quod confirmat *l. Labeo. 10. ff. de servitut.* R. Tunc acquisitionem illam futurum tempus respicere, ubi nimirum ædificium exstructum fuerit, atque usum distinctionis istius animadverto, inter *constituere & promittere*, ut quidem *constitutio* servitutis, quæ jam præsenti rem afficit, inutilis sit, *promissio* non utique, quæ ad futurum tempus, nimirum ubi ædificatum fuerit, respicit, vel sin minus placeat hæc distinctio, cum tamen ex *Wesenb. in π. ff. h. t. n. 7.* ejus usus appareat, non sine ratione statues, utilem esse servitutis constitutionem ratione areæ, in qua ædificium futurum est, à qua deinde servitus transmittetur ad ædificium, postea quam exstructum fuerit. 2. Oppono *l. heredes 25. §. contra si promissor. ff. famil. ercisc. l. fundum. 46. §. si per alienum ff. de evictiou.* Ubi dicitur viam promittere quem posse, licet fundum non habeat. Respons. patet ex *l. 10. ff. de eviction.* viæ sc. promissionem non ad hoc valere, ut in alterius fundo ea constituatur, hoc enim natura rerum non patitur, ut alicui per alium jus suum imminuatur, & iniqua conditio inferatur: Sed ad hoc valere, ut promittens, nomine evictionis ei, cui via promissa est, teneatur *d. l. 10.*

XII.

Constituuntur servitutes inter vivos, pactionibus & ultimis voluntatibus.

§. si quis fin. Inst. de servitut. l. potest etiam. ff. com. præd l. Proculus. 23 ff. de usufr. Opponitur, quod ex pacto nulla possit esse efficax constitutio. *l. 30. C. de pact.* Ergò & nec servitus. R. Constitui pactionibus in continenti adjectis bonæ fidei contractibus, non aliis. Pacta enim, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, insunt bonæ fidei contractibus *l. 7. ff. de pact.* Et his modis ita demum servitus constituitur, si traditio accedat, quæ fit determinatione loci, per quem sit servitus, aut patientia fruendæ servitutis. *l. 3. § 1. ff. de usufr. l. 1. in fin. ff. de S R P.* quod probat *l. si ego emi. ff. de public. in rem. act.*

XIII. *An*

XIII.

An usucapio quoq; sit modus adquirendæ servitutis?

Negant *l. 4. §. ult. ff. de usucap. l. servitutes prædiorum. in pr. ff. de servit. l. servus. §. incorporales ff de acquir. rer. dom l. si aliena. 10. § hoc jure. ff. de usucap.* quia nec possideri possunt *l. 3. in pr. ff. de acquir. poss. juncto tit. Inst. de reb. corpor. & incorpor.* AFFIRMAT econtra *l. si quis diuturno. ff. si servitus vindic. l. 1. in fin ff. de aqua pluv. arcend. l. 1. & 2. C. de servit* R communiter Dd. separandas esse continuas servitutes à discontinuis, ut illæ rectè usucapiantur, hæ non utique. Quæ responsio jam meritò ab omnibus explosa est. *Donell. 11. comm. 11. Coras. ad l. 14. de servit. Longovall. ad l. 3. ff. de jurisd. Aliter dict. loco Longovall & post eum Donell.* qui putant, servitutes longa possessione non acquiri, quia possessio in his nulla est, sed rectè quasi usucapi, quia & quasi possidentur. Quam sententiam *d. l. Coras.* improbat; quocirca ipse aliter rem ex *l. Scribonia* considerat: Quæ sententia rem nihilo felicius expedit: Putarem simpliciùs & rectiùs statui, longam quasi possessionem cum jure prætorio tueri, qui longo tempore servitute usus est, nec vi, nec clam, nec precario, etiamsi titulum docere non possit. *d. l si quis diuturno & d. l. 2.* Usucapionem verò servitutum demum ex *Iustiniani* constitutione introductam esse. *l. ult. de præscr. long. temp.* Cum olim usucapio servitutis nulla esset. *l. servitutes prædior. ff. de serv.*

XIV.

Num servitutes oppignorari queant? Indistinctè nego.

l. 11. §. ultim. ff. de pignor. qua ratione? an quia nec in bonis sunt, nec tractari, nec possideri possunt? *argum. l. 1. ff. de usu & usufr.* minimè. Nam servitutes in bonis nostris esse probat *l. 49. ff. de V. S.* quippè nostrum augent patrimonium, nos beant, nobis prosunt. *arg l. 15. ff. de servit.* Quid igitur? has sequentes magis urgere puto. 1. quia servitutes prædii sunt & dicũtur prædioq; ita cohærent, ut sine iis esse nequeant. *l. 1. ff commun. prædior.*

§.*ideò Instit.de servit rust.præd.vid.q.11.* Ergò nisi oppignorato prædio,& hæ oppignorari nequeunt. 2.Pignus quod creditori inutile foret,ejus inutilis quoque erit constitutio. *l.16.§.creditor ff.de pignor.* Hæc autem servitutis oppignoratio creditori inutilis foret,quippe quæ non possit ipsi deberi: non enim personæ servitus est,neque ejus prædio,quia alii prædio cohæret,à quo invito domino fundi servientis in alium transferri non potest. 3. Pignus ex tempore ad tempus sub conditione constitui potest. Servitutes non item.*l.4.ff de servitut.l.44.ff.locat.* Et cum hæ rationes,tàm in rusticis,quàm in urbanis locum habeant, non video,qua ratione diversum jus in iis statueremus *Duar.2. disp.13. Donell in tract.de pignor.c.10.* Contrarium tamen communiter Dd. placuit, putantibus rusticarum servitutum oppignorationem admitti, urbanarum non utique, quorum sententiam defendunt *Cujac.15.obs.6.Connan.4.com.14.*moti,quod JCtus in *d.l.11.§.fin.* non generaliter de omnibus servitutibus scripserit, sed de prædiorum urbanorum nominatim, ut vel hinc conjectura duci possit, aliud eum de rusticis sensisse. Respondeo: Exempli gratiâ hoc factum esse,& differentiam non esse in generibus servitutum,sed tantum in personis constituentibus.2.Oppono *l.12 ff de pignor.* R.Ibi servitus de novo constituitur: non jam constituta pignori datur. 3.Opponitur *l.16.ff. de servit.* R. loquitur de prædio pignori dato , & tum utilem servitutis petitonem esse non negamus. 4. Opponitur,quòd servitutes precariò constitui possint *l.2.§.fin. l.3. ff. de precar. l.si precario. ff.commun.præd.* R. non propriè eas servitutes dici posse. *l.2. §.1.ff.si servit. vind.l.Lucius ff.de servit.rust.*5.Opponitur,quòd ususfructus oppignorari possit *l.11 §.pen.ff de pignor.*Cur non igitur & cæteræ servitutes?R.Hac in re discerni usumfructum à cæteris servitutibus; quia fructus rei est vel locare,vel pignori dari licere. *l. videamus.§.penult.ff.de usufruct.* qua ratione usus ab usuario vendi,locari,vel pignorari non potest,quia nudum usum habet sine fructu.

XV.

Num interitu amittatur?

Af-

Affirmat *Wesenb. in π. ff. quemadm. servitut. amitt. n. 4. per l. 14. ff. eod.* quæ tamen contrarium evidenter probat. Melius usus fuisset ratione Justinian. *in §. sunt. Instit. de usufruct.* Est enim jus in corpore, quo sublato, & ipsum tolli necesse est. Negat *Donell. 11. comm. ult. in fin.* quia sublato ædificio, cui debetur stillicidii immittendi servitus, & postea restituto, eadem servitus debebitur: quia res eadem est propè aream, quæ mansit, etsi forma ædificii mutata fuerit *l. servitutes. 19. §. si sublatum. ff. de S. V. P.* quod confirmat *d. l. 14. quemad. servitut. amitt. l. & Attilianus 35. ff. de S. R. P.* Nec obstat, quod dictum est, sublato corpore, & jus ei inhærens tolli. Nam hoc in personali, non etiam reali servitute obtinet. Illa enim (*inquit Costal. ad d. l. servitutes. § si sublatum*) mutatione rei & sublato ædificio non subsistit, sed occidit, hæc non item. Ratio diversitatis hæc à quibusdam redditur, quia ususfructus est pars domini, non aliæ servitutes. *l. 4. de usufruct. l. cum filius. §. Dominus. de legat. 2.* Ideoque semel amissum dominium solo facto sine contractu præcedente non transfertur. *l. traditionibus. C. de pact.* Verùm improbatur *Forsat. in l. 1. n. 14. de Servitut.* qui hanc reddit rationem: Ususfructus legatus invidiosus est; ideò hoc agunt, ne diu proprietas domino sit inutilis *l. 3. de Usufruct.* Aufert enim secum omnes prædii obventiones. Atqui servitutes rerum commoditatem afferunt habenti, sine magno alterius incommodo, interdum cum utilitate: si forsan per meum stillicidium cisterna tua impleatur, vel aqua pluvia ad alios usus egeas in tua area.

XVI.

Non rectè à Dd. ususfructus in causalem & formalem dispescitur.

Quid causalis, quid formalis ususfructus? Indicant *Faber. Joann. Schneidew. in pr. de usufruct. Wesenb. in π. ff. de usufruct. n. 4. Pac. 3. cent. 49. Gometz. 2. variar. resolut. 15.* Nos non magis rectè sic dividi posse existimamus, quàm si taurum in animal, Sydus ac montem dividere velimus, cùm hæc non generis in suas species divisio, sed tantùm distinctio vocabuli homonymi in sua significata. Adde quod ususfructus sit jus alienis rebus utendi fruendi:

ſed cauſalis non aliarum rerum, ſed propriarum eſt; atque hoc modo diviſio latior futura eſſet, quàm definitio: Omnis igitur uſusfructus formalis eſt, quia uſusfructus ſervitus. *l. 1. ff. de ſervitutib.* Res autem propria nemini ſervit. *l. in re communi. 26 ff. de ſerv. urb. in præd. l. utifrui. ff. ſi uſufruct petetur.* Opponitur *l. ſi cum. 21. §. ſi fundum. ff. de except. rei judic l. ſi ita. 126. §. 1. ff. de V. O. l. ſi à reo. 70. §. ſi reo. ff. de fidejuſſ.* R. iis in locis abuſivè verbum uſusfructus accipi, pro facultate re propriâ utendi, atque ut *Conan. 4. comment. 3.* dicebat, ipſi domino jus eſt uti frui his omnibus, id eſt, jus eſſe illi poſſidendi, & omnes fructus percipiendi, ut facultatis idipſum potius ſit, quæ jure dominii conjuncta eſt, quàm ſeparati diſtinctique juris. Opponitur *l. 4. ff. de uſufr.* ubi uſusfructus in multis caſibus pars dominii dicitur. Ergò etiam uſusfructus cauſalis, & per conſequens erit uſusfructus in propriis rebus poſitus. R. Iſtius legis ſenſum eſſe, in multis caſibus uſumfructum dominii effectum obtinere, & haberi fructuarium pro domino *l. 8. in pr. ff. de reb auct. jud. poſſ. l. 58. ff. de V. O.* quam interpretationem *d. l. 4.* probat *l. ſequens. 5. ff. eod.* ut mirandum ſit, legem iſtam tàm varias interpretationes expertam eſſe. *Vide Cujac. ad l. 27. §. item ſi partus. ff. de pact. Alciat. & Gœdd. ad l. 25. ff. de V. S. Donell. 9. com. c. 9.*

XVII.

Melius uſumfructum ex textibus juris in verum. & quaſi (a) dividemus: Circa quaſi uſumfructum diſputatur, an tantùm ultima voluntate conſtituatur? Neg. (b)

(a) §. conſtituitur. Inſt. h. t. l. 2. in fin. ff. de uſufr. ear. rer. *(b)* Scio vulgo contradici, ex eo quod Imp. in *§. conſtituitur. Inſt. h. t.* vocabulo legandi utatur, ut & JCtus in *l. uſufructu 69. ff. ad L. Falcid.* ac paſſim JCti in *tit. de uſufr. ear. rer. Conan 4. comment. 4. n. 2. Cont. & Weſenb. ad d. §. conſtituitur. Inſt. h. t.* Quibus adſtipulari nequeo, propterea, quòd Imp. in *d. §. conſtituitur. h. t.* docet, Senatum ad exemplum veri uſusfructus, quaſi uſumfructum admiſiſſe. At verus uſusfructus etiam inter vivos, pactis & ſtipulatio-

tionibus constituitur. §. *usufructus. h. t.* Ergò & quasi ususfructus, præsertim cum non proba differentiæ ratio assignari queat, quo minus in quasi, quàm in vero usufructu pactiones & stipulationes admittantur, nisi quis dixerit, *quod & Conan. voluit*, tum non quasi usumfructum, sed potiùs mutuum censeri, quod equidem non admitto, si modò ex animo & mente contrahentium illud non appareat *l. contractus. 23. ff. de R. I.* Ad argumentum objectum respondeo, idcircò JCtos uti verbo *legandi*, quia ususfructus plerumque in testamento relinquitur, quod quotidiana experientia testatur.

XIIX.

Ususfructus vestimentorum estne verus, vel quasi? utrumq; affirmamus.

Per *§. constituitur. Inst. h. t.* Contrarium statuit *Donell. 10. com. 4.* Res (*inquit*) cogit, siquidem locum sine vitio scriptum esse volumus, vestimenta interpretari dicta abusivè, seu *μετωνυμικῶς*, aut si quis mavult *συνεκδοχικῶς*, ut sit effectus pro causa, vel res pro materia rei, vestimenta pro re & materia, unde vestimenta conficiuntur, atque ita intelligatur, lana ex qua vestimenta conficiuntur. Vult ita *Donell.* semper verum vestimentorum usumfructum esse. Quæ sententia refutatur expresso textu *l. 15. §. etsi. 4. in verbis: non si quantitatis ususfructus legetur. ff. de usufruct.* Et mihi videtur, sensu manifesto *d. §. constituitur. Inst. h. t.* ubi Imperator negat, usumfructum constitui posse in rebus iis, quæ ipso usu consumuntur: At vestimenta usu consumuntur, h. e. nullum usum, nullumq; fructũ præbent, nisi usu simul cõsumantur. E. nec movent, quæ Donell. affert. Et jumenta & navem alterari, quas tamen res nemo dicit usu consumi. *l. 12 §. navis. ff. de usufr. d. §. constituitur* Siquidem responderem jumenta utendo non perire, sed ex alio casu, videl. mortalitate. De navi quod affertur, facit, ut omninò illam distinctionem probem, quà vestes aliæ dicuntur quotidianæ, aliæ tales, quæ tempore potius, quàm usu consumuntur, ut illis nostra sententia obtineat, in his ad exemplum navis, quæ non usu, sed tempore consumitur, verus ususfructus constituatur. *l. 7. de usufruct. ear. rer. l. 15. §. 4. de usufr. l. 9. § penult. ff. usufr. quemadm. caveatur.*

XIX. An

XIX.

An cautio usufructuaria sit de substantia quasi usus fructus?

Affirm. commun. *per l. 2. ibi: caveri oportet, quod necessitatis est. ff. de usufr. earum rerum. §. constituitur. Inst. h. t.* Negant *Pinell. in l. 1. p. 2. n. 78. C. de bon. mater. Facbin. 8. controv. 43.* motil. *5. §. 1. ff de usufr. car. rer.* Communis sententia æquior est, ne videl. postmodum finito earum usufructu, rixæ litesque inter hæredem & legatarium oriantur. *l. 1. §. rectè. 4 ibi: ut inde possit apparere. ff. usufruct. quemadm. caveat.* Neque obstat *d. l. 5. §. 1.* modò penitiùs consideraveris *l. 10. cod. & l. 5. §. 1. usufruct. quemad. caveat.*

XX.

An cautio usufructuarii fieri possit pignoribus? N.

Quia *in l. 13. ff. de usufruct.* fit mentio satisdationis. At illa non nisi datis fidejussoribus expediri potest. *l. 1. ff. qui satisd. cogant.* Obstat *l. 1. ff. usufruct. quemad. caveat.* Ubi nihil ampliùs exigitur, quàm ut usufructuarius caveat, unde & inscriptio est de cautione, quo verbo quid contineatur, explicat *l. sancimus. C. de V. S.* R. Vocabulum cautionis generale esse, quod hîc ad fidejussorem restringitur. *argum. d. l.* quod nec *d. l. sancimus.* negat, sed tùm pignora vel alias cautiones admittit, ubi tamen nudæ cautionis mentio facta est. USUFRUCTUARIUS IN PRÆSTITAM CAUTIONEM COMMITTENS, AN STATIM JUSSUUM AMITTAT? Vide *Wesenb. in π. ff. quib. mod usufruct. n. 8* AN SI NON POSSET CAVERE, AD JURAMENTUM SIT ADMITTENDUS? Vide *Donell to comment. 14. Gail. 2. observat. 47. Facbin. 8. contr. 40.* AN CAUTIO HÆC À TESTATORE REMITTI POSSIT? N. Quia est de substantia ususfructus. 2. Quia nemo facere potest, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. ff. de legat. 1.* 3. *per l. 1. Cod. de usufruct. l. si pecunia ff. ut in possess. legat.* 4. Quia remissio contra bonos mores recipienda non est *l. 5. de pact. dotal.* Hæc autem talis est; Amoto enim hujus cautionis metu, fructuarius ad delinquendum invitatur, nempè ad

ab-

abutendum re fructuaria, & pro libidine in ea grassandi. Opponitur *l. 2. C. ut in poss. leg.* Respondet *Gl. ff. ad d. l. 1. C. de u. usfr.* Non invitat hæredem ad delinquendum, ut superior. Nam res legata, etiamsi hæredi remittatur satisdatio legati nomine, non ideò tamen traditur hæredi fruenda, ut quis dicat per occasionem hujus juris, posse eum in re legata licentius versari invito legatario, sed res pleno jure manet legatarii *Donell. 10. comm. 4.*

XXI.

An usus fructuarius omnium bonorum, teneatur ad solvendum æs alienum?

Affirmat *Guido Papa decis. 541* 1. Quia quando fit in ultima voluntate dispositio de omnibus bonis, intelligitur cum onere æris alieni. *l. nam quod. §. fin. cum l. seq. ad SCtum Trebel. per l. uxori meæ. ff. de usufruct. legat.* Ubi Calendarii usus fructus pertinet ad usufructuarium. Ergò & debita & credita. Negat *Covar. 2. variar resol 2. n. 4. Gail. 2. observ. 146. Fachin. 4. controv. 29. per l. ult. ff. de usufruct. legat. l. usufructu ff. ad L. Falcid. l. 1. C. si cert petat. l. 2. C. de hæred. action.* Onera enim hæreditaria ab hærede solvenda sunt *l. pacto C. de pact. l. legatorum ff. de leg. 2.* Usufructuarius autem hæres non est. Ergò. Ad primum argumentum contrarium. R. *Gail. d. l. n. 2.* Ad alterum *Fach. d. l.*

XXII.

Usufructuarius jus sibi in re constitutum alii locare, vendere, vel oppignorare potest.

l. non utitur. 38. cum duabus seq. ff. de usufruct. §. 1. in fin. de usu & habit. 11. Opponitur *l. si usufruct. 66. ff. de jur. dot. §. finitur autem. Inst. de usufruct.* Quibus in locis statuitur, quòd usus fructus extraneo cedi non possit, R. ex *Ulp tit. 18.* In jure cessio *(inquit)* fit per tres personas, in jure cedentem, vindicantem, & addicentem. In jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit Prætor. At constat usufructuarium dominum non esse. Ergò. per consequens in jure cedere nequit, & cedendo nihil agit, id est, usus fructus in priore causa manet. *arg. pr. Inst. quib. ex caus. man. non licet.* Unde rectè *Donell. 10. comm. 19. in pr.* aliud est vendere, aliud cedere, *dicit.* Qui vendit usumfructum ut fructuarius, tan-

tùm vendere intelligitur, quantùm jure suo potest transferre, ut creditor, qui jure suo pignus distrahit *l. etsi l. penult. ff. de distract. pignor.* At fructuarius jus ipsum ususfructus transferre nequit; cohæret enim ejus personæ *l. 3 in fin ff. quib. mod ususfr. amitt.* sed potest transferre facultatem rei tenendæ, & fructuum percipiendorum, quandiu ipse usumfructum obtinebit, cedere non utiq; 2. Opp. *l. ususfructu 9. C. de usufruct.* ubi alienatio prædiorum omninò interdicitur. R. ita demum alienationem permitti, si non ei proprietatis alienatio conjuncta est, quæ in casu *d. l.* conjuncta erat, ut ex comparatione manumissionis apparet. 3. Opp. quòd servitus locari non possit *l. 44. ff. locati.* Ergò nec ususfructus. *l. 1. ff. de servit.* R. Quotiescunque verbum servitutis simpliciter sumitur, toties pro reali accipiendum est: Ex quo jam cognoscitur *d. l. 44.* ad reales, non personales servitutes pertinere.

XXIII.

Annè utilis servitutum prædio fructuario debitarum vindicatio usufructuario competat? Negamus.

l. 1. in pr. l. 5. §. utrum. ff. si ususfr. pet. quoniam fructuario actio confessoria non datur. *l. 2. §. Pomponius. ibid. Duar. ff si servit. vindic.* Ergò nec servitutum vindicatio *d. l. 2. in pr. ff. si servit vindic.* 2. Si fructuario servitutum vindicationem demus, eveniet per consequentiam, quandam servitutis servitutem esse: Est enim ususfructus servitus. *l. 1. ff. de servit.* quod statuere, est principia juris evertere. 3. Fructuarius fundi vindicationem non habet: absurdum autem est, ei juris fundo debiti vindicationem dare, cui fundi vindicatio adimitur. *Cujac. 1. obs. 16.* Opponitur *l. unic. §. Item Juliano. ff. de remiss. l. 2. ff. de oper. novi nunciat.* R. *dict. loc. Cujac.* Juliani sententiam ab Ulpian. *in d. l. unic.* referri, non probari. Quæ sententia displicet *H. Vult. 1. disc. 18.* qui post *Donell. 10. comment. 11.* existimat, *Julianum* servitutum vindicationem usufructuario οὐκ ἁπλῶς, ἀλλὰ κατά τι concedere, scil. ut vendicet actione confessoria servitutes fundo fructuario debitas, non ut confessoria hæc dirigatur in eas servitutes, sed in usumfructum; quandoquidem qui usufructuario in servitutibus molestus est, idem molestus.

stus esse intelligitur in usufructu *l. 5. §. utrum. ff. si usufr. pet.* Nec his adversatur *d. l. unic. §. item. Juliano. & d. l, 2.* ubi simpliciter statuitur, quòd usufructuarius adversus vicinum agere possit, non esse ei jus altius ædificandi, quoniam causam respexit, quæ causæ ususfructus subalternata est. Quid enim causæ est, ut vicino altius ædificare non liceat? non quod usufructuario servitus illa constituta sit, sed quod habet usumfructum, qui altiùs tollendo fit deterior.

XXIV.

Cur usus est individuus? cur Ususfructus dividuus?

An quia ususfructus constet usu & fructu? itaut alterius possit esse fructus ejusdem rei, alterius verò usus. *l. si alii. 45 ff. de usufr.* Usus verò partes ne minutissimæ reperiantur? *Gœdd. ad l. 25. §. 18. de V. S. & tr. de contr. stip. c. 6. n 305.* Vel quod usus in nudo ac simplici facto consistat? *l. plenum. §. 1. & 2. de usu & habit. At nuda & simplicia facta individua esse constat. l. stipulationes non dividuntur. l. in conventionibus. §. fin. de V. O.* Uti & frui verò non simplicis facti est, sed rei etiam emolumentum continet, hoc est, jus adquirendi non solùm, sed & cæteras obventiones. *l. nemini 5. fundo. ff. de leg. 2. l. usufr. legato ff. de usufr. l. vacca. ff de evictionib. Petrus Grangianus. c. 5. paradox. jur. civil.*

XXV.

Non facilè à lectionibus receptis recedendum est, nisi ratio magna in contrarium urgeat. ut in specie *l. 12. §. 1. de usu & habit.* ubi ita vulgata lectio habet: *Idem Nerva adjicit stramentis etiam usurum, sed neque foliis, &c* Contendam quovis pignore, legendũ esse *doliis.* Quod etsi ante nos *Conan.* voluit, non tamen explicavit; quamvis Græci τῶν φύλλων meminerint. Moveor quòd in fructuario apud veteres dubitatum sit, an *doliorum* usum habeat *l. sed si quid. §. proprietates. de usufruct.* Undè mirum non est, denegari usuario hoc juris, cum usufructuario, qui eo longè pinguius jus habet, non concedatur. Deinde Usuarius iis, quæ in fructu industriali sunt, modicè saltem uti potest *d. l. 12. §. 1. & §. sed etsi pecorum. Inst. de usu & habit.* At quis folia inter fructus industriales refere? rectè iis non secùs, quàm pomis, floribus, & lignis largius

utetur, neque referri poterit inter eas species, quarum usum saltem modicè usuarius habet. Quinimò si pomis, floribus & lignis uti potest, quis non planè videt, à ratione alienum esse, ei folia denegare, nisi *cum Forner. in select.* folia pro unguentis interpretari quis velit, rectè refutato *à Cujac. 9. obs. 37.* Aut cum *Gilbert. Regio 1. enantr. 9.* Ideò non usurum eum foliis contendere, quia pleræq; arbores illis spoliatæ moriuntur. Gravis sc. ratio: At quid si venenorum folia decidant?

EXERCITATIO SEXTA.

RESPONDENTE CHRISTOPHORO NEUMARIO THURINGO.

THESIS I.

Usucapio non pugnat cum naturali æquitate.

1. Quia naturalis æquitas nihil aliud est, quàm judicium quoddam rationis, ac veluti lex de justis atque injustis à natura omnium hominum mentibus inscripta. *Duar. in l. 1. in pr. ff. de pact.* cum qua congruere usucapionem, finis ejus ostendit; ut videlicet sit aliquis litium finis. *l. fin ff. pro suo.* unde & *Cicer. orat. pro Cæcin.* Usucapionem fundi, finem sollicitudinis ac periculi litium vocat, ac ne quarundam rerum diu, & ferè incerta semper dominia essent. *l. 1. ff. de Usucap. in pr. Inst. eod.* quæ incertitudo impediret rerum culturam & exornationem, qua sine nunquam Respubl. consistere poterit: quod his verbis exprimit *Vitruvius 2. de architect.* Ut natus infans sine nutricis lacte

 non

non potest ali, neque ad vitæ crescentis gradus perduci: sic civitas sine agris & eorum fructibus in mœnibus affluentibus, non potest crescere, nec sine abundantia cibi frequentiam habere. 2. Nihil æquè naturali æquitati congruit, quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. *§. per traditionem. Inst. de rer. divis.* At qui patitur usucapi rem suam, in alium facto proprio voluntatem inducente eam alienare censetur. *l. alienationis. ff. de V. S.* 3. Et hoc vel æquitatis maximè erit, negligentes cum industriis & laboriosis non pari jure censeri. *l. 24 in fin. ff qua in fr. cred.* quod in proposito non contingeret, si liceret priori domino quocunq; tempore venienti, rem usucaptā à possessore laborioso & laborante avocare. Nec obstat 1. *l. id quod nostrum. 11. ff. de R. J.* quia dicendum in usucapione adfectum alienandi intervenire, cum quis tanto tempore rem negligit, & non prosequitur. *d. l. alienationis. de V. S.* 2. Opp. tempus non producere obligationem *l. obligationum ferè § placet. ff. de O. & A.* Usucapio autem fundatur in tempore. R. ad assumptum eam non in solo tempore fundari, sed concurrit simul ex legitima causa traditio. Ex traditione possessio bonæ fidei, postremo usus tanti temporis. 3. Opp. *Nov. 9.* ubi *Imper. Justin.* usucapionem vocat impium præsidium. R. eo in loco esse auxesin & amplificationem, per quam *Justin.* usucapionis indignitatem monstrare voluit, in qua maturius domini res suas amittebant, quo eodem ornatu Rhetorico *in Inst. in §. 1.* ait, dominos suis reb. defraudari. 4. Opp. *l. nam hoc natura. ff. de condict. indeb.* R. eam sententiam nostram confirmare: Nam potius is, qui post illud tempus peteret rem, afficere possessorem detrimento, h. e. jactura rei vel æstimationis. *Vid. Donell. 5. com. 30. Vacon. 1. declar. 28. n. 4. cum seq. Pinel. in Auth. nisi Tricennale. n. 39. C. de bon mater. Concennat. 4 q. 21.*

II.

Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

l. 3 de usucap. Duo in definitione hac occurrunt. Primum movet *Cujac. in fragm. Ulp. tit. 19. §. 7.* qui pro *adjectione* substituit *adeptionem*: Idque ex authoritate *Ulp. d. loc.* Quod displicet *A. Cont. 1. disp. 10. & 11.* quia non per usucapionem dominium adipi-

ſcimus, ſicuti per traditionem, ſed ei juri, quod per traditionem conſecuti ſumus, dominii acquiſitio adjicitur. Sed non multum refert (*inquit Ciſner. ad d l.3.n.2.*) ſi ſcrupuloſius non exagitare vocabula velimus, ſive *adjectio*, ſive *adeptio* legatur. Et certè utraque lectio ſubſiſtit. *Adjectio* ratione originis, *Adeptio* ratione effectus. Alterum idem *Cujac.* & poſt eum *Ciſner. ad d.l 3.* movet: verba nimirum; *temporis lege definiti*; non *Modeſtini J Cti* eſſe, ſed *Triboniani*: Quod ut eſſe poteſt, ſic negari utique nequit, quin optimè *Modeſtino* conveniant, cum & ejus tempore, tempus lege definitum extabat. *Cont.1.diſp.10.*

III.

Malè vulgus Interpretum uſucapionem ad mobilia; præſcriptionem ad immobilia reſtringit.

Olim quibus modis præſcriptio ab uſucapione diſtabat, refert *Don.5.comm.4,Nic.Ciſn.l.1.n.21.ff.de uſucap.* Sed differentias eas partim ſuſtulit *Juſt.* partim præſcriptioni communicavit. *l. un.C.de uſuc.transform.* Cui contrarium non eſt, quod etiamnum diverſi tituli in *Cod.* libris reperiantur, & quod *tit. Inſt. de uſucap. & long. temp. præſcript.* conceptus ſit; ſiquidem ita concepti erant ante *d.l.unic.* quæ noviſſimæ Codicis editioni demum inſerta eſt Atque ita una ex 50. deciſionibus eſt: In *Inſtitut.* verò retinere voluit: ut conſtaret, quid in uſucapione innotaverit, ut vel ex eo *Cujac.* correctio pro *præſcriptionibus, poſſeſſionibus* legentis procedere non debeat Malè itidem ex his apparet *Dd.* tradere, *uſucapionem* mobilibus, *præſcriptionem* immobilibus accommodandam eſſe; expreſſè enim confutantur *l.32.§.ſi mihi l.37.cum ſeq.l.17.l.18. l.23.l.27.de uſucap.l.ſervus 70.ff pro empt.l.unic.C.de uſucap.transform.* Nec quicquam ad ſtabiliendam hanc ſententiam facit *l.ei à quo. ff.de uſucap.l.qui alienum.in pr.ff.de evictiom.* quia non & ideò rerum immobilium uſucapio erit: traditum quidem in mobilibus locum habere uſucapionem; quis negat? ſed an ideò efficitur non habere locum in rebus immobilibus? quinimò & præſcriptio eſt rerum mobilium. *l.3.l.9.ff de diverſ.& temp.preſcr.* Ergò non erit immobilium? Argumentum erit quod *Dd.* confundat. Putat

ta-

tamen novissimè *H.Vult.1.I.Rom.c.71.* non omnem præscriptionem esse usucapionem, siquidem res incorporales præscribuntur, non tamen usucapiuntur.

IV.

Ut autem usucapio procedat, his versiculis contenta requiruntur.

Justa fides, justus titulus, res non vitiosa;
Quod res tradatur, tempus quoque continuetur.

Vide Schneid ad pr.n.13.Inst.h.t.

ADDITIO.

Jure Saxonico sola præscriptio tricennalis in rebus immobilibus, & quæ inter eas recensentur; & annalis in mobilibus repetitur habere locum. *Vid Zobel.p.2.diff.1.* Addit etiam *Zobel.diff.2* quod jure Saxonico non requiratur bona fides ad præscriptionem, sed tantum temporis 30. annorum circulus: quod secus est, *inquit*, de jure civili. Qua in re lapsus est memoria vir doctus, quoniam & de jure civili in tricennali usucapione nulla requiritur bona fides. *l.ult.C.und.vi.*

V.

An dubitans ut bonæ fidei possessor præscribat? Nego.

Communis Dd. schola inter dubitantem in initio, & ex intervallo distinguit: ut ille non præscribat; hic utique. *Fachin.1. cont.65.* Quam ego contra quàm plurimos sic confirmo, & quidem de priori: nam de posteriori nullum erit dubium. Cum bona fides ab initio sufficiat. *l.48.§.in contrarium ff. de acquir.rer. dom.l.is qui 15.in fin.ff.de usucap.* licet in emptione & tempore contractus & traditionis bona fides requiratur *l.7.in fin.ff. de publ.in rem.act.* propterea quod salva fide scientes rē alienam emere nō possunt *l.1.C.de reb.alien.* Itaq; ad priorem casum sic statuo: Bona & mala fides sunt contraria. *Dynus.ad c.possessor de R.J.in 6.* nec medium inter utramq; dari potest. Sed qui dubitat, in bona fide nō est, quoniam ab ea removetur definitio bonæ fidei, quæ est illæsa rei alienæ scientia. Ergò relinquitur eum in mala fide esse: nō enim credit rem esse suam, sed dubitando rem putat esse alie-

nam.

nam. Nec inversio argumenti à *Vasquio 2.contr.77.n.17.* facta proba est; siquidem vel maximè in præscriptionibus, utpote odiosis & dominium domino in initio invito auferentibus procedit. Nec obstat *l.2.§.si à pupillo. ff. pro emp.* quia nulla inibi dubitatio doceri potest; ex qua usucapio impediri possit; Quin imò expressè per verba: *Quem puberem esse putem:* illa removetur. Nec facit *c. fin. de præscript.* ibi: in nulla temporis parte, rei habebat scientiam alienæ, quia à contra sentientibus hîc pro confesso assumitur, quod in quæstione negatur. Imò sic ex *d. c.* argumentor. Possessor in nulla temporis parte debet habere scientiam rei alienæ. At eam habet dubitans. Ergò denique non adversatur, dubitantem frequenter ignoranti comparari, ut in condictione indebiti *l. fin. C. de condict. indeb.* in testamenti factione. *l. 14. 15. ff. qui test. fac. poss.* & similibus. Siquidem illud in præscriptione ea ratione non admitto, quod de substantia ejus sit illæsa conscientia, quam utique in dubitante dicere non possumus, & rationes specialitatis cur in aliis id receptum ex dd. LL. adsignare non indifficile est.

VI.

Quod idem num in eo, qui errore juris vel vel facti lapsus est, dici debeat? N.

1. Quia scientiam rei alienæ non habet. Errat enim; & errantis nulla est scientia, nullus est consensus. *l. 15. ff. de jurisdict.* quod ipsum confirmant *l. si quod ff. pro derelicto l. si vir. pro dona. l. fin. ff pro legat. 48. ff. de acquir. rer. dom. Vasq. 2. illust. contr. 78. num. 19.* I. Oppon. *l. si fur. §. 1. de usucap.* ibi: *in jure erranti non procedit usucapio.* R. Hæc optimè simul subsistere: Esse bonæ fidei possessorem, nec tamen posse usucapere; siquidem plura ad usucapionem requiruntur, ut *in thes. 4.* Et pervulgatum est, ubi plura copulativè desiderantur, non sufficit unum, vel quædam adesse, sed omnia simul concurrere oportet. *l. si hæredi plures. ff. de condit. Inst.* Ratio autem quare in specie *d. l. si fur. §. 1.* usucapere non possit in jure errans, non ex bona malave fide sumenda est, sed quia opinio ista sibi per leges non licere usucapere, jus, causam, & titulum possessionis infirmat. II. Oppon. *c. qui contra de R. I. in 6.* ubi, qui contra jus mercatur, bonam fidem habere non præsumitur. R. procedere in casu scientiæ, quam nos excludimus. Tum enim

con-

conventus & errorem juris prætendens, præsumitur in dolo & mala fide esse, quæ in casu nostro per probationem contrariam eliditur. *Peck. in d.c. qui contra. n. 4. & 5.* atque ita in casu scientiæ fallaciam continentis esse, loquitur etiam *l. 7. C. de agric. & censitis.*

VII.

Num completa usucapione à jure suo recedere teneatur, qui rem alterius esse postea cognovit? N.

1. argumento in simili *l. 2 ff. de itiner. actuque priv.* 2. Quia possidet legis authoritate. E. justè possidet. *l. justè 11. ff. de adq. vel amitt. poss.* Nec peccat, qui legis authoritate peccat. *l. Gracchus. C. ad l. Jul. de adul.* Alciat *in comment. de quinq. ped. præscr.* existimavit, illud in foro conscientiæ procedere non posse, & ideò possessorem teneri, si cognoverit rem alterius esse, domino restituere precium. Non rectè quoniam *teste D. Paul in epist. ad Rom. 13.* is non peccat, qui magistratui politico, ac consequenter, bonis legibus ab eo latis paret, quod in proposito usucapiens facit. Ad argumentum *Alciat.* responsum est à *Fachin. 1. contr. 64.* Cui illud addo: Actus vitiatur, quando pervenit ad eum casum, à quo incipere nequit *l. existimo ff. de V. O.* quod in proposito liquet. E. &c. Regulam illã non procedere, quando actus jam est perfectus & consummatus: tunc enim impedimentum superveniens non viciat neque nocet *l. 140. §. 1. ff. de V. O.*

VIII.

Titulus pro hærede *etiam in suis locum habet.*

1. Quia is titulus generalis est & in omnibus hæredibus obtinens *tot. t. ff. pro hæred.* E. & in suis. *arg. l. 8. de publ. in rem act.* 2. Quia suitas filio perniciosa esse non debet, quod in proposito contingeret, si non pro hærede usucapere posset, *Forcat. dialog. 36. n 4.* Denique quia possessionem post mortem patris demum consequitur. *l. 23. ff. de adq. vel amit. poss.* Et ei nulla usucapio ex persona patris, sed ex persona tantum sua competere possit *l. 25. ff de usucap.* Communiter Dd. contrà statuunt ; *ut & Donell. 5.*

 comm-

comm. 14. Moventur, quod usucapio sit dominii adeptio *l. 3. ff. h. tit.* ad quam necessarius est titulus, per quem soleat dominium transferri. *l. Celsus. ff. h. t.* Sed filius, cum patri succedit, non habet titulum pro hærede, quo novè adquirat dominium, quia jampridem fuit dominus *l in suis. ff. de liber. & posthum.* R. Argumentum non procedere à communicatione dominii ad usucapionẽ cum ad hanc possessionis communicatio spectetur, quam filius non nisi post mortem patris per apprehensionem consequitur *d. l. 23 ff. de adquir. vel. amitt. poss.* 2. Oppon. *l. nihil. C. de usucap. pro hæred.* ubi dicitur: Nihil pro hærede posse usucapi suis hæredibus existentibus. R. Legis ejus sensus est, extraneos posse usucapere, suis hæredibus existentibus. Cum enim duo in solidum eandem rem usucapionis caussa possidere non possint. *l. 3. §. ex contrario. ff. de adquir. vel amitt. poss.* nec usucapere posse, ei consequens est: *l. 23. h. t.* 3. Oppon. *l. 2. §. 1 ff pro hæred.* Ubi filium donatam rem à patre usucapere pro hærede negavit *Servius*. R. JCtum non ex eo rationem decidendi sumere, quod suus hæres sit, sed quod filius ex titulo legibus improbato possideat: Naturalis autem possessio cum citra affectionem habendi animo domini constet, sola ad usucapionem sufficiens nõ sit, haud obscurè innuit, aliàs res hoc titulo à filio rectè usucapi. *argum. l. 10. ff. de testib. Forcat. d. loco.*

IX.

Juri luendi pignoris 30 annorum spatio non præscribitur.

1. Quæ meræ facultatis sunt, hoc est, in alicujus arbitrio positæ, nullo tempore præscribuntur. *l. 2. ff. de via publ.* Solvere autem creditori in facto consistit, & est meræ facultatis; *de qua tamen regula vide qualatè deduxit Wesenb. cons. 2. n. 94. cum seq.* 2. Pignus plerumque pluris est quàm debitum. E. si pignus præscriberet, plus consequeretur, quàm ipsi deberetur. 3. Alieno nomine possidens non præscribit *l. malè agitur C. de præscrip. 30. ann. l. 1. C. com. de usucap* Sed creditor alieno nomine possidet, *l. pignori. ff. de usucap.* Nec est quod quis dixerit, eum voluisse sibi possidere, certum enim est sibi ipsi caussam possessionis mutare neminẽ posse *l. 33. §. quod vulgo. ff. de usucap.* 4. Actio quæ nata nondum est præ-

scriptione

ſcriptione tolli nequit. Non entis enim nullæ ſunt qualitates. Sed pignoratitia actio non naſcitur tempore contractus, verùm tum demum, cum debitor pignus repignoravit. *l. ſi rem. §. omnis. ff. de pig. act. 5.* Deficiunt in hac præſcriptione tria ſubſtantialia ad præſcriptionem neceſſaria; poſſeſſio nimirum, titulus & bona fides. De poſſeſſione probatum eſt in ratione 3. De titulo conſtat, quod pignoris titulus non ſit dominii translativus. *l. ſciendum. §. creditor. ff qui ſatiſd. cog. l. reſcriptum 12 de diſtr. pig.* De bona fide etſi in longiſſimi temporis præſcriptione non attendatur, tamen de jure Canonico (*cui in hac materia ſtamus*) omninò requiritur. *c. ult. de præſcript.* Opp. quod creditor actione hypothecaria 40. annis cadat *l. 7. C. de præſcript. 30. annor.* E & debitor; per axioma vulgare quo dicitur: ſtatutum in uno correlativorum, ſtatutum quoque in altero cenſeri. *l. ult. C. de indict. vidui.* R. Axioma procedere niſi diverſa correlativorum ratio appareat, quæ in propoſito evidens eſt, ut docet ratio, creditori utique actio competit, debitori non item, niſi poſt ſolutionem. 2. Opp. Quod omnibus juribus 30. annorum ſpatio præſcribatur. *l. ſicut. C. de præſcrtpt. 30. annor.* R. Ibi appellatione juris ſignificantur actiones ut ex contextu l. apparet. At in præſenti actio nondum nata eſt, & per conſequentiam præſcribi nequit. 3. Opp. quod intra tanti temporis ſpatium pignus luere, & ſic pignoratitiam actionem ſibi gignere potuiſſet. Hoc ergo cum non fecit, cum facilè facere potuerit, meritò ipſi præſcriptio obſtabit; qui n. poteſt facere, ut poſſit parere conditioni, jam poſſe videtur. *l. qui poteſt. 174. ff. de R. I.* R. Argumentum non eſt univerſale. Multa n. contingere poſſunt, ut ſolvendi facultas non ita facilis ſiet, ut meritò hoc humanis neceſſitatibus indultum videri debeat, *arg. l. nepos. 125. ff. de V. S.*

ADDITIO.

Fructus pignoris computantur in ſortem. *l. Titia. ff. de ſolut. l. 2. 3. C. de pignor. act.* Debito autem per fructuum perceptionem extenuato, fructus reliqui extenuatam jam nunc ſummam excedentes, efficiuntur furtivi: ideoq; præſcribi non poſſunt. *l. ſi quis uxori. 52. § eum creditorem. 7 ff. de fur. §. furtivæ. Inſt. de uſucap.* Deinde hoc *de quo nunc agimus*, jus offerendi eſt jus adimplendæ conditionis poteſtativæ, & probat *Bartol. in l. pignori. ff. de uſucap.* Ei a nullo unquam tempore præſcribi poteſt. *l. ſuus quoque. §. fin. de hered. inſtit.*

instit. facit & benè inspectus text. *l. 2. C. de pact. int. emptor.* dum pactum retrovenditionis *quandocunq; voluerit* admittat. Quod multò magis in pacto offerendi & luendi pignoris admitti debet. Ratio est, quoniam emptor propter pretium meliorem possidendi & refragandi causam habet, quàm creditor, cujus pretium rarò solet æstimationi & valori pignoris respondere, & nunquam in tali fide, in quali est emptor, constitutus dici potest.

X.

Adversus præscriptionem 30. annorum ex capite ignorantiæ restitutionem dari nego.

1. Qui præscripsit, plenissima munitione securus est. *l. omnes. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* quod non verè diceretur, si restitutio aliqua competeret. 2. Præscriptio bono publico introducta est. *l. 1. ff. de usucap. & supr. q. 1.* Contra bonum publicum restitutio danda non est. 3. Si restitutioni locus esset propter ignorantiam, nunquam vel rarò præscriptio locum haberet. Quis enim sciens pateretur suas res ab aliis usucapi? *arg. l. 25. in pr. siu verò* ibi: *nunquam ita resupinus est, ut facilè suas pecunias jactet. ff. de prob.* 4. Probatur per *l. ult. ibi; nulla scientia vel ignorantia expectanda. C. de præscr. long. temp.* 5. Lites consopiri interest Reipubl. *l. æquissimam. in pr. ff. usufr. in pr. Inst. de usucap.* At contraria sententia admissa, lites non consopirentur, sed quotidiè exorirentur, dum unusquisque ignorantiam prætendere conaretur. 6. Si ex qualibet justa causa majores restituerentur, quid inter hos & minores interesset? cum ne hi quidem, nisi ex justa causa restituuntur. *l. sicut. C. de præs. 30. vel 40. ann.* 7. Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi imputare debet. At hic sua culpa sentit, cum longissimo tempore in res suas non inquireret, ut & alienationi consentire dicendus sit *l. alienationis. 28. ff. de V. S. l. 3. §. gesta. ff. quæ in fraud. cred.* 1. Oppon. *l. Attilianus ff. de serv.* R. Non dari ibi restitutionem propter ignorantiam, sed propterea, quod aquam ducere non potuerunt: *ut text habet.* 2 Oppon. Quòd restitutio ut remedium extraordinarium generalibus juris non excludatur. *l. postquam liti. C. de pact.* R. Id in proposito obtinere non posse, cum leges expreßè præscriptiones contra ignorantes inducant, quæ omnes tollerentur, si contrarium statueremus. 3. Oppon.

quod

quod præscriptio in odium negligentis inducta est; Is autem, qui ignorat, negligens non videtur. R. & eum negligentem rectè dici, cum ex communi hominum industria, intra tanti temporis spatium in ea, quæ verisimiliter ad se pertinere scit, non inquirit. 4. Oppon. *l. 1. §. si quis. ff. de itin. actúq. priv.* R. non loqui de ignorantia, sed alio impedimento. 5. Oppon. *l. 1. ff. ex quib. caus. major.* R. clausulam eam: *Si qua mihi justa causa; &c.* non pertinere ad ignorantiam *Vid. Covar. in c. possessor malæfidei. 3. §. 3. de R. I. in 6. Wes. in π. ff. n. 10. Ex quibus causis major. Fach. 1. contr. 69.*

ADDITIO.

Et referunt *Compil consultat. Saxonic. p. 2. q. 55.* Das sich die Schöpff. nstüle haben vorglichen / die Restitution etiam ob justā ignorantiam / Wann es vber dreyssig Jahr / Jahr vnd Tag / oder auch vber viertzig Jahr ist / nicht zusprechen / dieweil nicht allein oberzehlter Vnraht vnd vnzehliche Hadersachen daraus erfolgen wurden: Sondern auch da man die Restitution zu geben wolte / noch in dem ein weitterung ist (notetur gravis ratio) Welches justa caussa ignorantiæ sein soll. Denn ob solam ignorantiam DD. nullo modo restitutionem admittunt, sed ob justam, quæ è judicis arbitrio pendere videtur; & eam pro justa vel non justa arbitrari poterit, prout sibi visum fuerit. Derowegen ist es viel besser indistinctè ob ignorantiam die erfülte præscriptio restitutione nicht zu hinderziehen.

XI.

Usucapione etiam directum dominium acquiri putamus.

1. Quia usucapio est adjectio dominii. *l. 3. h. t.* E. directi, cùm, quia quodlibet verbum potentiorem significationem recipit. *l. 3. ff. de tut.* tùm quia indistinctè loquitur, *arg. l. 8. ff. de publ in rem act.* 2. quod dominium occupatione, specificatione, traditione, donatione & cæteris modis adquiritur, idem & usucapione. *§. fin. Inst. de usu & hab.* Sed illis directum dominium adquiritur, E. & hac. 3. Quantum juris adjicit uni, tantùm detrahit alteri, non enim jus duorum potest esse in solidum. *l. 5. §. si duob. ff. commod.* Uni autem usucapio dominium adjicit *§. 1. Inst. h. t.* Ergò

idem alteri adimit. *Coras.6.mis.20.Vasq. Illustr. controv. 54. Don.5. comm.20* 1. oppon. *l.1.in fin.ff. de aqua & aq.pl.arcend.l.si quis diuturno ff.quemadmodum servit.amitt.* R. *apud Duar. in disp 17.2.* Oppon. Dominium est ex jure gentium. *l.5.ff.de Iust. & Iur.* Ergo a jure civili tolli non potest præscriptone. §. *fin.Inst.de I.N.G. & C.R.* *Fach l. contr.70.3.* Oppon. *l.quæstio 115. de V.S.* ubi possessio à proprietate secernitur. R. nihil ex eo consequi, quo minus per usucapionem dominium adquiratur.

XII.

Donatio est modus adquirendi dominii juris civilis.

1. Quia *Imp.in §.fin. Inst.de usu & hab.* constituit modos adquirendi dominia de jure civili enarrare: Inter quos cum & donatio referatur, consequitur & eam civilem adquirendi modum esse 2. Probat illud §. *erat olim. Inst. de donat.* ibi appellatur civilis acquisitionis genus. Opponitur §. *per traditionem. Inst. de rer.divis.* ubi donatio perficitur traditione, quæ est naturalis acquirendi modus. R. Traditio per se naturalis est acquisitio; verùm cum donationem perficit, tunc & idem cum hac actus est, adeoque donationis vice censetur. 2. Opponitur: Contractus sunt juris gentium *l.ex hoc jur.ff.de just.& jur.* Donatio est contractus. *l.17. C.de fid. instrum.l.ult. in pr.ibi: sive donationis sive contractus alterius. C.de præscr.30.vel 40.ann.cum simil.* E. R. Donationem contractum non esse *Duar. in l. 7.in pr.de pact.* Nam non fit tractatu habito, ut contractus, sed ex mera liberalitate. Unde etjam nonnunquam opponuntur *l.18.l.22.de donat.l.12. ff. de precar. l.14.§.is qui ff.de furt.Bocer tract.de donat.* Quod verò *in LL. supra citatis, & alibi passim,* donatio contractus vocetur, præsupponendum est, eam initam fuisse vel stipulatione, vel contractu innominato, do ut facias. *Borchold de pact.c 1.n.14.* Interdum verò fit pacto, & hoc casu semper est pactum legitimum.

XIII.

Donatio inter patrem & filium, licet sit remuneratoria, non subsistit. Senec. 7.debeat, 4.

1. Le-

1. Legibus exceptio (sine quibus loqui erubescimus. *Nov. 18. c. 5. in pr.*) destituitur. Ut igitur illam admittamus. ratio juris nō patitur, quę dictat, neminem sibi ipsi donare posse, quod in proposito contingeret, quia filius nihil acquirere potest, quod non idē adquiratur patri. §. 1. *Inst. per quas person.* 2. Quia non videtur fieri posse, ut filius ita se gerat erga patrem, ut cum beneficio collato ad remunerandum obliget. *Arist. 9. Eth. 1. & arg. l. 28. §. 1. ff. de excus.* cum judicium patris ut filius, non ut tutor promeruit. Contrarium communiter Dd. statuūt. *Gail. 2. obs. 38. Bocer. de donat. c. 8. Fach. 3. contr. 74.* propterea quod hæc non sit propriè donatio, sed accepti beneficii compensatio, nec tàm ex substantia patris, quàm ex propria industria rem donatam adeptus sit. Sed ex superioribus responsio patet. Nec obstant leges à *Fach.* de meritis filiorū erga parentes loquentes. Merita n. quædam apparere possunt, sed non tàm efficacia, quę cōtra jus actum validum efficere queant, ut est donatio inter patrem & filium. *c. lum de bon. 11. C. de donat.*

XIV.

Nec morte patris donationem confirmari tentabimus.

l. 1. §. 1. ff. pro dona juncta l. 32. in fin C. *de appell. l. sancimus. 27. C. de testam. & quemad. l. 13. C. de collat.* 1. Oppon. *l. 25. de donat. inter vir. & uxor.* ibi dicitur: *donationes silentio patris confirmari.* R. desumitur *ex l. 31. §. 2. ff. de donat.* & latius persequitur eam *Don. 8. com. 5.* 2. Oppon. *l. 18. C. fam. hercis.* Ibi filiæ res donatæ à patre eo mortuo adjudicantur. R. Aliud est filiæ nomine comparare, aliud de suo donare, in *d. l. 18.* filiæ nomine parens comparaverat, atque ita nunquam sibi acquisiverat; quod in donatione de suo contrarium, quia eodem momento ad patrem revertitur. 3. oppon. *l. penult. ff. de dot. collat.* ubi donatio filiæ facta morte valet. R. ibi non propter mortem, sed judicium parentis res donatas retinet. quoniam pater (*ut lex ait*) filiam alterutrum habere voluit. 4. Oppon. *l. si pater ff. de donat.* Ibi post mortem res donatas usucapit filia, quod argumento est certissimo donationem convalescere. R. id fieri *ea in l.* propter approbationem hæredis, qui magis quàm parens donare videtur cum repetere potuisset. Contradicunt *Clar. in §. donatio q. 7. Cujac. ad l. 2. ff. pro hared. Bocer. tr. de donat. c. 5. & Dd. omnes.*

ADDI-

ADDITIO.

Quod vulgo dici solet, posterioris discipulus prior dies, id hac vel unica quæstione manifestum faciam. Placet enim nunc omnino morte patris donationem confirmari. Quod ut verum credam, facit *Nov. 162. cap. 1. in fin.* ubi quod in *l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* constitutum est, transfertur ad omnes alias personas, inter quas, quę in matrimonio fiũt donationes, prohibetur, & si parens filiæ emancipatæ peculium non ademit, censetur ideò id ei confirmare: quia adimere potuit. *l. donationes 31. § pater. 2. de donat.* Quis non idem admittet in casu mortis? Nam & eo parens adimere potuit: hoc cum non fecit, præsumimus eum tacendo donationem confirmasse. Nec patior mihi replicari, donationem ipso statim donationis momento ad patrem reverti: Id enim etsi juris fictione verum sit, hoc tamen in casu cum patris in contrarium appareat voluntas, & sit juri consentanea, interpretamur eam à tempore silentii perpetui convalescere, in quo novam donationis antea vacillantis confirmationem esse, haud absurdè dicimus. Non obstat *d. l. 1. §. 1. pro donat.* quoniam ejus decisio mutata est per *d. Nov. 162. c. 1.*

XV

Donatio omnium bonorum valet.

l. omnes. 17. §. 1. ff. quæ in fraud. cred l. si quis argentum. 35. §. sed & si quis. 4. in verb. vel. etiam. totius. & § sed siquidem ibi: totam substantiam tradere. C. de donat. l. 8. ibi: *omnia fuerit donatione largitus. C. de revoc donat. l. si totas. C. de revoc. donat.* Nemini enim rerum suarum dispositio auferenda est. *l. nemo exterus. C. de Judæ. l in re mandata. C mandat. Coras. 6. mis. 17. Vaud 1. quæst. 31.* Oppon. hujusmodi donatione restringi potestatem testandi. R. *Vaud.* tùm demum liberum adimitur postremum voluntatis arbitrium, non si qua inter vivos gesta, contracta sunt, quæ satis constat ad testamentorum jus non pertinere. *l. verba contraxerunt. ff de V. S.* At si stipulatione aut pactione certæ relinquendæ testamento portioni quis adstringitur, tùm id non valere æquissimum est. 2. Opponitur: Si donatio omnium bonorum valeat, sequeretur donationis titulum universalem fieri, & materiem à caussa & titulo distare. Nam licet res universæ dentur, tamen inde non efficitur,

citur, quia titulus manet universalis, 3 Oppon. *l. si libertus. §. 1. in fin ff. de jur. patron.* R. Idcircò in specie *d. l.* donatio revocatur, quia facta est in fraudem legis, non quia omnium bonorum est 4. Oppon. quod hæc donatio inducat votum captandæ mortis. R. nil minus: vel statim facta est traditio, & res dubio caret; vel nõdum tradita est, & purè facta statim donatum petere potest, vel sub cõditione, & interest donatori quàm diutissimè vivere donantem ob accretionem bonorũ. *vide Anton. de Gramma. decis. 386.*

XVI.

Constitutio l. si unquam. 8. C. de revocand. donat. *non pertinet ad quemvis extraneum.*

Et hæc sententia nunc mihi probatur, quam sic probo. Ob ingratitudinem revocatur donatio tantum. §. *sciendum. est. Inst. hoc tit* Ergo non ob supervenientiam liberorum. 2. Si supervenientia liberorum in caussa est, cur non & liberi antea suscepti revocent donationem? in prioribus non utique : nihil minus tamen hi, quàm illi ex conjectura pietatis extraneis præferendi erunt. Immò constat postea natos prioribus potiores esse non debere 3. Si propter liberos donationẽ revocamus, donationi puræ & simplici conditionem contra naturam donationis addimus *l. 1. §. 1. ff. de donat. l. 35. §. sed mortis. ff. de mort. caussa donat.* At dices hanc conditionem addi ex præsumpta mente donantis; quia magis proprium sanguinem, quàm extraneum dilexisse videbitur Regero, eam præsumptionem donationi addi non posse cum sit stricti juris, adeoq; non nisi quod inter donantem & donatarium expressè actum est continetur *l. si repetendi C. de condict. ob caus. dat. l. quicquid astringendæ. 99. ff. de V. O.* 4. Hanc sententiam probat *d. l. 8.* quæ non de quovis donatario, sed liberto loquitur. Sed video quid *Dd.* dicant; Leges in Codice ad speciem facti accommodandas esse. Sed tamen generaliter accipiendas in qualibet persona. Argumentum validum est, sed non in iis constitutionibus obtinens, quæ ad Præfectos prætorio emittuntur; ut ostendit *A. Faber. 7 conject. 14. & 15.* Esto sed tamen ex communi sententia obtinebit ratio legis, quæ in conjectura pietatis cõsistit; dixerim

 fal-

fallaciam causæ non causæ admitti: quæ igitur vera ratio? eam tangit *Coras.7.misc* quam sic explico: Ratio est specialis; quia libertus patrono hanc debet reverentiam, à quo inæstimabile beneficium consecutus est. *Terent. Act. 1. Scen. 1. in And.* cui probrosum patroni liberos debita patris successione privare. Adeoque ut *Imp. in d.l. 8.* rescribunt: vel patris donatæ restitutionem faciet, quod utique in extraneo dici nec debet nec potest, ut vel inde specialitatis ratio permagna colligi possit. Plura adferunt *Donell. ad l. 8. Conan. 1 com. 10. n. 3. Hotom. l. amicab. respon. 12.* Contrarium statuunt *Cujac. 20. obser. 5. Tiraq ad l. 8. Bocerus de donat. c. 3. n. 25. Mynsing. 5 observ. 63. Fach. 3. cont. 85.*

XVII.

Donator non tenetur de evictione.

l. 2. C. de evict. l. 18. §. fin. ff. de donat. l. Julianus. 131. §. fin. de V. O. Certum enim est, eum qui fundum donavit, jus quod in fundo habuit, transferre voluisse. *l. si domus § fin. l. si à substituto. §. hæres servum. in fin ff. de leg. 1.* Non etiam quid aliud promisisse intelligitur, ne alioquin pœnam liberalitatis suæ patiatur, si ultra jus donatum aliquid ab eo exigatur, quod leges non admittunt: unde & dici solet; nemini officium suum damnosum esse debere *l. sed si quis. ff. testam. quemadm. aperiant.* quod ex regula juris à *Paul. lib. 5. sentent. 15.* dilucidè perspicitur, dum tradit; *Lucrativæ rei possessores ab evictionis actione depelli* Oppon. quod donatio ad similitudinem emptionis & venditionis sit redacta. *§ alia autem. Inst. de donat.* Ergò sicut in emptione, sic & in donatione evictio præstanda erit. R. Comparari quo ad hoc, ut traditio in utroque contractu intervenire necesse sit, non verò quo ad jus evictionis. Nam precium, quod præstat emptor venditori, rei venditæ evictionem & similes præstationes ex æquo & bono inducit. *l. 1. in pr. de rer. permut. l. emptorem. §. fin. ff. de act. empt.* At ex donatione, quæ meræ liberalitatis est, nulla obligatio hujusmodi præstationum donatario adversus donatorem adquiritur. *l. hoc jure. §. 1. ff de donat.* 2. Oppon. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem facere accipientis. *l. 75. §. fin. ff. de V. O.* sed donator obligatur ad dandum. Ergò tenetur transferre dominium. *l. senatus. §. 1. de mort. causa donat* & per consequens de evictione tenetur. R. dona-

natorem teneri ad dandum quatenus dare potest: Dare autem potest res proprias, & non alienas, nisi sciens; & si dolo malo rem alienam donaverit, tunc conveniri potest de dolo. *l. ad res donatas ff. de adil. edict. l. Arist. §. fin. ff. de donat.*

ADDITIO.

Sic nec donator de jure Saxonico ullo modo tenetur de evictione, juxta *Artic. 4. lib. 3.* Landrecht. *ubi Apostil.* hoc colligit. *Vresenb. de donat. n. 7. in π. Beust. in l. 1. n. 216. de Jurejurand.*

Corollarium ex tit. seq. quib. alienare licet.

Maritum dominum dotis esse.

Distingunt nonnulli inter res, & jus in rebus constitutum, ut rerum dominium penes uxorem maneat, juris verò illius in rebus constituti maritus dominus perhibeatur. Herm. Vult. 1 discep Schol. 19. *Quæ distinctio manifestè convellitur ex* pr. Inst quib. alien. licet *ubi* Justinian *statuit, maritum dominum rei esse, & alienationem rei, dotalis nimirum prædii, ipsi interdictam ex* l. Julia *tradit, nisi tropum hic aliquem effinxeris, & per metonymiam subjecti pro adjuncto ipsius rei dominium ipsi adesse dixeris, propterea quod jus non possit esse sine rebus. Sed tropum istum menti Imp. contrarium esse exemplo creditoris ostenditur, qui & jus in re, h.e. pignore habet, cujus respectu dominus dici potest: sed non dominus appellatur,* pr. Inst. d. tit *rei nimirum respectu; ut vel ex hac collatione aut potius oppositione creditoris & mariti appareat,* Imp. in d. t. *de rebus ipsis, non de jure rerum agere; quin immò si maritus dominus juris, & non rerum est, consequitur planè rerum alienationem ipsi interdictam esse. At maritus locuples servum dotalem, etiam invita uxore manumittere, adeoq; alienare potest.* l 1. C. de Ser. pig. dat manum. juncta l. final. C. de reb. alien. non alien. *unde & ei vindicatio rerum dotalium*

datur l. doce ancillam. C, de rei vindic. *qua non nisi domino competit* l.23. ff. de rei vindic. *Quid igitur? rem totam ex* l. in rebus. 30. C. de jur. dot. *definimus: Maritum legis authoritate haberi & esse rerum dotalium dominum. Mulierem verò, communi & naturali jure dominam permanere, ut explicant* Conan. 8. com. 9. Coras. 5. misc. 14. *His non adversatur.* l. 7. §. si fundum. 12. ff. sol. matrim. *ubi dicitur: Si thesaurus in fundo matrimoniali inveniatur, ejus pars dimidia uxori restituenda est, quasi in alieno fundo inventus est, quia soluto matrimonio etiam integra dos solvi debet. Ergò & pars thesauri* l. 2. in pr. ff. solut. matrim. 2. *non obstat: quod duo non possunt unius rei in solidum possessores esse* l. 3. §. 3. ff. de adquir. vel amitt. poss. *quia hoc uno & eodem respectu procedit hic verò diverso respectu ejusdem rei domini sunt.* Deli. ad l. contractus. 12. de R. J.

ADDITIO.

Quo pertinet illud Boëtii, lib. 6. comment. in Top. Cic. *Dos, ait, licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris jure, & post divortium, velut res uxoria, peti potest.*

ΠΑΡΕΡΓΟΝ.

Judex secundum conscientiam non secundum acta & probata judicabit.

Cic. lib. 1. de invent. *Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis: Ego autem eo ipso tempore trans mare fui, relinquitur, ut id, quod dicitis, non modo non fecerim, sed ne potuerim facere.* Prob. 1. Induct. *Inducta ad unam effectum, non debent contrarium ejus operari.* l. quod favore C. de legib. *Actorum autem observatio inducta est, ut constet veritas.* l. 3. ff. de testib. l. 4. C. eod. l. Judices. C. de Judic. l. 2. C. de edend. *Qua itaque ratione statuemus, acta ad opprimendam veritatem, quod fit, si falsa acta, contra conscientiam arripiamus. Unde* Coras. 4 miscell. 20. *ait. propter veritatem, ut elucesceret, judiciorum solennia inventa sunt; non ut serviret judiciis veritas.* 2. *Modus effe-*

Ctui

ftui destinatus, si contrarium accedat, non curatur, dum habeamus effectum. l. caussam. §. 1. ff. de manum. *Igitur nec acta curabuntur, quæ modus sunt ad veritatem, etsi sint veritati contraria, si istam habemus.* 3. *Iudici probandum est, non adversario cui nunquam satisfieret.* l. quinquaginta. in fin. ff. de probat. *undè & probationes dicuntur arbitrariæ, & pendere ab arbitrio judicis.* l. 3. §. Tu magis scire. ff. de testib. Wesenb. in π. ff. n. 10 de probat. *Iam quid certius possit cognoscendo aut disceptando intelligere, quàm quod scit verum esse. Hoc enim probandi modum omnem superat* l. minor viginti quinque annis. ff. de minor. c. dilecti de appell *Ergò si dicamus, judicem non debere conscientiam sequi, sed acta: in effectu nihil aliud dicimus, quàm judici non esse probandam veritatem: sed satis esse, utcunque actorum falsa & impertinens materia exhibeatur, quo quid absurdius?* 4. *In re dubia ea opinio amplectenda est, quæ animarum saluti tutior est* l. sunt personæ. ff. de Relig. *At hæc sententia tutior est animarum saluti.* Vasq. ill. contr. 14. *Ergo: Undè multis Pandectarum locis, Iudex secundum quod sibi visum fuerit,* l. eum quem. 79. ff. de judic. *ex animi sui sententia.* l. 3. ff. de testib. *secundum arbitrium* l. 1. ff. ad SCtum. Turpil l. 15. ff. ad municipal. *judicare jubetur: quæ loca nihil aliud voluit, quàm conscientiam arte boni & æqui instructam judici sequendam esse. Sed in criminalibus largientur facilè hoc plerique, cum satius sit impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare.* l. 5. ff. de pœn. *Cur non igitur & in civilibus? cum nulla diversitatis ratio adsignari queat. Denique hanc sententiam expreßè confirmat.* l. illicitas. § veritas. ff. de offic. præsid. *Veritas,* inquit Ulpianus *erroribus gestorum non vitiatur, id est, licet caverim debere me tibi 100. ex mutuo, quæ verè mihi mutuata non sunt, idque apud Præsidem probavero, non errorem meum in cavendo, sed veritatem is sequetur. Et ideò* (inquit Ulpian.) *Præses provinciæ id sequetur, quod convenit eum sequi ex fide eorum, quæ probantur. quasi diceret: Veritas, cujus judex conscius est, nullis testimoniis vitiatur. Ad argumenta contraria respondendi oportunior erit locus in disput. ultima.*

ADDITIO.

Si unquam à nostris erratum est, hic sanè erratum vel maximè is deprebendet, qui statum controversiæ in eo situm observaverit, utrum

judex potius mendacium, quàm veritatem sequi, reum condemnare, vel nocentem absolvere debeat. Scipio quidem Minor, cum Licinium prætereuntem vidisset, *Hunc,* inquit, *virum scio pejerasse, sed quoniam nullus defert ipsum, non possum simul & accusator esse & judex verum si ipsum aliquis detulisset, & ut perjurii reum accusasset,* Scipio *verò ipsum à perjuris purum cognovisset, quis unquam tàm ferrea frontis patronus excusare eum si condemnasset, posset? non ergò* Scipionis *exemplum huc rectè aptari poterit.*

EXERCITATIO SEPTIMA.

RESPONDENTE

JOACHIMO LUDOVICO Freistad. Siles.

Thesis I.

Testamentum à testatione mentis appellatur.

Ridet post *Gell. 6. noct. Atticar. 12. Laurent. Valla* hanc nominis notationem. Quid enim hîc *mentum* facit, non sanè magis quicquam, quàm in calceamento, spiramento, medicamento: & hæc *L. Vallâ*, hoc est, homine grammatico animadversio digna est: Sed ut ille grammaticorum regulis inhæret; sic nos iis relictis, nominis impositi rationem investigamus, ut constet ex re ipsâ significandâ, utrum rectè nomen sit impositum. Et in re imitantur nostri *Stoicos*, qui præ cæteris in exquirendis nominum originibus laborarunt, & ut *Cujac.* notat *11. observ 37.* licentiores & propemodum inepti fuêre. Nec certè otiosa adjectio *mentum* reputabitur; Nam ideò adpositum est, ne quis

quis quamcunque testationem existimaret esse testamentum. Et certè erit hæc testatio mentis ultimæ defuncti. Ut sic à cæteris, quæ non sunt testationes ultimæ mentis defuncti, secernatur. Et *ut Vigl. loquitur* solam testationem quidem considerari, sed adjectum mentis ad majorem expressionem. Et *Cujac. d. observ. 47.* ait: Testamentum natum est verbum, non ab origine factum duplici. Non ergò *cum Wesenb.* concludemus, brevem esse nominis & rei definitionem. Ex eo enim *appellatur* non verò *definitur*: Ratio autē definitionis alia est à ratione appellandi. Quin imò si definitio rei est, convertetur cum re, sed & in codicillis est testatio mentis, nec tamen testamentum est. *l. si idem. C. de Codicillis.*

II.

Testamenti definitio in l. 1. ff. qui testam. facer. poss. *sarta tectaq́ ab impugnatione quorundam servabitur.*

Omnis definitio in jure civili periculosa est, inquit JC *in l. omnis. ff. de R. I. E.* & hæc, cum definitio communiter Dd. dicatur: Sed videamus quibus argumentis. 1. Nullum est testamentum sine hæredis institutione *l. fin. ff. de jur. Codicill.* Sed definitio ejus non meminit. E. R. sub verbo, *justa* eam contineri: Quæ enim justa sententia? an quæ jure facta est? Sic: At non jure facta dici ea sententia potest, quæ fundamentum sententiæ, nimirum hæredis institutionem non continet. §. *ante. 35. Inst. de legat.* Et certè testetur licet quis, munitissima quęq; persequendo, quid citra hæredis institutionem valebit, aut quomodo ad effectū perveniet? *Sed insto*, & codicillos sub hac definitione cōprehendi, cum & ii jure factam sententiam contineant, nec tamen testamentum erunt. *l. si idem. C de codicill.* ℞. Et codicillos & testamentum jure factam sententiam obtinere, sed diversimodè: Codicilli jure factam in suo genere obtinent, citra ullam directam hæredis institutionem §. *penult. Inst. de codicill.* quam habet testamentum. Sed nec sic subsistit, cum & quoddam testamentum peregrinorum reperitur. *Ulp. in frag tit. 20. §. Latinus*, quod tamen non jure factā sententiam continet. R. Testamentum non dividi, ut aliud justum sit, aliud injustum; quoniam injustum testamentum non

est species testamenti, cum revera non sit testamentum *l.2.§.1.ff. quemadmod.testam.aperiant.* nec in republ.Romana vires aut effectum ullum sortiatur. De testamento militis quod objicitur, ex interpretatione vocis *justa* ad definitionem propositam pertinere apparet. Scio *D.Vigl.ad pr.n.26,Inst.h.t.justam,* interpretari sollennem *ex l. 1.ff.de injust.rupt.irr.* quæ quidem explicatio ex mente JCtorum non inconcinna est. *Ulp.tit.20.in pr.* sed ita militis testamentum ex definitione hac excludimus, quod *Vigl.d.loc.* facit. Sed ne faciamus natura rectæ definitionis suadet. Non enim debet angustior esse suo definito, qualis hæc esset, si militis testamentum excluderemus, cum illud æquè sit testamentum ac paganicum; licet non solenne, cum solennitas saltem speciei sit. Quare ne illud excludamus, superior interpretatio nostra definitioni melius conveniet. Oppon. insuper quod fideicommissum & donatio caussa mortis universales dispositiones esse possint. Ergò & sunt testamentum. R. In eo non consistere differentiam testamenti, quod de omni patrimonio in eo disponatur sed quia heres instituitur, qui in cæteris non est; cujusque autem actus in jure peculiaris est differentia in reliquis autem juridici actus convenire possunt. Obst. quod & institutio in certa re fieri possit *l.1.§.si ex fundo ff.de hered.instit.* Ergò non rectè definitur, *de eo quod quis &c.* R. aut solus instituitur quis in re certa, aut cum aliis; priori casu detractâ rei mentione ex asse institutus censebitur, licet id expressum non fuerit, atq; ita institutio utrobiq; vel verè; vel juris interpretatione universalis est, idq; favore ultimarum voluntatum receptum est, ne concidant.

III.

Origo testamentorum, estnè juri gentium, vel juri civili adscribenda?

Sic statuo: res ipsa ortum habet à jure gentium, sed nomina & solennitates testamentorum jus civile adinvenit. Indicant illud *Historici*, in primis *Plutarch.in vita Solon.* Formam testamenti *Aristotelis* recitat in vita ejus *Laërtius,* in quo puella si prius moreretur, quàm nuptui esset collocata, vel deinceps sine liberis *Nicanorem* substituit. Confirmatur & illud *ex l.13. §. 2.ff.de milit. testam.* ubi constituitur, deportatos & omnes alios, qui testamenti factio-

factionem non habent, à milite heredes institui posse. Cujus nõ alia potest esse ratio, quàm quod tunc videatur talis dispositio instar haberi contractuum juris gentiũ, cujus cõmunio deportato & similibus denegata non est. *l. quædam. ff. de pæn.* Et certè ratio naturalis sempiterna, & immota quasi tacita quędam lex, ex qua jus gẽtium metimur liberis parentũ hæreditatem addicit, eadẽque inhumanũ esse dictat, vivos habere de reb. suis disponẽdi facultatem eam autẽ moribus denegari, *arg. tit. de leg. Fus. Can. toll.* neq; unquàm (*teste Cic. de finib.*) tàm barbara & inculta gens fuit, quæ jus legitimarum hereditatum ignoraret, & bona ꝑpinquorũ in proximum capacem transferri non debere non agnosceret *D. Vigl. ad §. sed prædicta. h. t.* & noster p. m. *Reusner. de testam. p. 1. c. 4. n. 2 Cujac. ad l. ff h. t.* Contrarium qui statuunt, utuntur eo argumento, quod testamenta partim ad jus prætorium, partim ad jus civile, partim ad constitutiones Principum, nõ verò jus gentium referantur. *§. sed cum paulatim. Inst. h. t.* Sed ad nostræ sententiæ cõfirmationem illud facere quis non videt? nomina enim & solennitates (*de quib. in d. §. sed cum. agitur,*) hoc est, formam à jure civili adinventam non negamus. Sed dixeris, *ex trito illo axiomate*, formam dare esse rei. Et per consequens id jus civile testamenti origo erit referenda. R. formam aliam esse essentialem, aliam accidentalem. Essentialis est, sine qua res amplius existere non potest; ut in stipulatione verborũ conceptio est ita de ejus forma, ut ea perperã facta ipsam corruere faciat. In testamẽto verò forma non item. Nam licet debitæ solennitates non adfuerint, nihilominus testamentum existere potest, ut in testamento patris inter liberos; ad pias caussas & similibus apparet, licet non solenne. Et hinc quod dicitur: formã dat esse rei, hoc est, dat esse testamento, ut solenne sit & dicatur; non tamen inde effici potest, forma illa si abfuerit, nõ etiam posteà testamentum aliquod existere posse. Opponitur insuper *l. verbis legũ. ff. de V. S.* ad quam vide *Vigl. d. loco. n. 12.* ubi & alia quæ huic sententiæ adversari primis oculis videntur, refutat. Video tamen *Bodin. lib. 5 de Rep. c. 2.* multis exemplis legis testamentariæ iniquitatẽ ostẽdere. Quod si ita sit, jurigentium ea minimè adscribenda erit, propter §. *jus autem civile. 2. Inst. de jur. N. G. & Civ.* iniquitatem ejus probat, quia multę gentes, ne prædia in testamento legare liceret statuerũt; quo po-

stea permisso multarum in civitatibus conversionum peperit occasionem: non mihi hoc tempore in earum gentium legis æquitatem inquirere placet. Ad æqualitatē agrorum respexit *Bodinus* & eo respectu iniquam dixit: Æquissimam esse defendemus, cùm nihil sit, quod hominibus magis debeatur, quàm ut supremę voluntatis (postquàm jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium *l. 1. C. de SS. Eccles.* habeantq; hoc solatium fati ultra fatum. *Lips. in praef. ad lect. in lib. de cruc.* Voluntatem eorum instar legis vigere *c. disponant. Novell. de Nupt. vid. Tiraquell. de jure primogen. quaest. 40. n. 95.*

IV.

Testamentum in solenne, & minus solenne *rectè dispescitur.*

Quam varium & mutabile vulgus DD. ne quid durius, genera cum speciebus permiscent. Testamentum patris inter liberos, & testamentum militare, ut diversas species statuunt ineptissimè. Si n. hoc modo species ultimarū voluntatum consideraverimus multo plures inveniemus, nec certis divisionum cancellis concludentur. Rectiùs itaq; *testamentum* aliud *solenne*, aliud *minus solenne* facimus; Nec aliquid excogitari potest, quod non ad unum ex his referri queat. Quod de fideicommisso & legato profertur, non rectè ad plurium specierum constitutionem fit: siquidē hæc non per se, sed vel ex testamento, vel codicillis percipiuntur; atq; ita hic fit confusio partium certarum formarum, cum formis seu speciebus ipsis.

V.

Testamenti factio utrum publici aut privati juris sit?

Prius statuitur in *l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* hoc est, jus faciendi testamenti tribuitur jure publico & legib. non privata voluntate Hinc non dat patronus liberto *l. Paulus. 47. §. patroni. ff. de bon. libert.* nec pater filio. *l. 6. ff. qui test. fac. poss.* nec sibi quisquam suo arbitrio testandi auctoritatem sumit; sed secundum leges, si voluntatem effectum habere voluerit, testabitur. Existimavit tamē *Jacob. Ravard. 5. variar. 12.* Tribonianum notis deceptum, contra mien-

mentem *Papiniani* testamenti factionem publici juris statuisse. Cum enim *Papin*, ita scripsisset: *testamenti faction. n. P. sed P. i. est*, ita verti debuit, *non publici, sed privati juris est*, Propterea quia jus publicum nihil aliud sit, quàm quod ad statum rei Rom. spectat. *l. 2. §. 1. ff. de just. & jur.* quod cum lege Regia sublatum sit, omnis etiam publici privatique juris antiquata est differentia. Respondeo jus publicum dupliciter in jure nostro accipi 1. pro eo quod ad statum rei Rom. spectat. 2 Pro eo, quo quidem ad singulorum utilitatem pertinet, sed tamen à jure publico ita dependet, & in privatorum hominum potestate non sit. Et hoc modo testamentum publici juris dicitur, quod hisce brevibus verbis eleganter *Cujac. ad d. l. 3.* indicat: *Regitur hac actio privata, jure publico*, Ad actiones enim privatas referri, his verbis *pro Cecinna* testatur *Cic. In publicis (ait) actib. nihil lege est gravius: in privatis firmißimum est testamentum.*

VI.

Filiusfam. de adventitiis, quorum usufructus ad patrem non pertinet, testari nequit.

l. penult. C qui testam. fac. poss. Donell. 6. comm. 5. D. Vigl. n. 16. ad princip. tit. quib. non est permiss. fac. test. ibid. Valt. Mynsing. & alii Duar. in com. quib. non est permiss. fac. testam. Contrarium statuit *Joan. Vaud. 1. variar. quæst. 1.* cujus argumenta hæc sunt. Idem juris observatur in his bonis, quod in Castrensi & quasi E. & hoc casu poterit testari. Nam ut in hisce nihil juris pater habet, sic & in illis. R. Non eam esse rationem prohibitionis, quod pater usumfructum bonorum adventitiorum habet, sed quia jus testādi tribuitur jure publico & legibus 12. tabul. *Paterfamilias uti super pecunia tutelave sua legaßit, ita jus esto. l. verbis legis, de V. S.* quæ lex remissa est in peculio Castrensi, & ad exemplum ejus in quasi, propter favorem militiæ, qui nullus est in casu nostro. *Instat Vaud.* Idcircò in cæteris adventitiis testamenti faciendi filiofam. jus non est: quia eo etiam diem functo, earum rerum ususfructus patri, quamdiu vixerit, conservatur incolumis *l. ultim. C. de usufruct. cap. licet enim. Novell. de heredib. ab intest.* Quod in proposito longè diversum est. Eidem, qua ad superius, responsione uti possem: Cui illud addo: licet usufructus patri in nostro

casu non quæratur, manet tamen peculium adventitium, quia rei propriam formam non mutant accidentia. Quin & testamentum, non est solùm dispositio de bonis, sed de jure familiæ, quod deest filio, cum ipse sit in familia patris. *l pronuntiatio. 195. §. familiæ. ff. de V. S.* Objicit insuper *Vaud.* quod de iis bonis testari possit, quæ ex secundo patris matrimonio filius lucrifecit. *Novell. 22. cap. 16. vers. si verò.* R. non rectè textum illum à *Vaud.* intellectum esse prout ibidem *Cujac.* explicat. Movetur denique *Novell. 117. c. 1.* R. Illa verba *Quovis modo disponere*, sic accipienda, quatenus jure permissum est: permissum verò tantum est, inter vivos disponere. Unde rectè *Donell d. loc. alt*, data sunt filiosfam. cum hac exceptione, *ne de his testari possit*, Imò sic *dictam Novell.* intelligendam omninò verba textus evincunt; primum in verbis *siquidem perfectæ ætatis sint*, quæ verba quid aliud quàm domesticam dispositionem important? cum aliàs qui & perfectæ ætatis non sit, testamentum facere possit. *l. 5. ff. qui testam. fac. poss.* Sequitur in textu. *Si vero ætate minores sint, per quem perspexerit testator aut donator, hæc gubernentur;* quod de administratione inter vivos intelligendum quis non videt? At inquies, quod inter vivos conceditur id multò magis in ultima voluntate concedendum est. *arg. l. Pus. Cantoll. t. 7 lib. 1. Inst* R. Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates tùm procedere, cùm eadem est ratio, non verò ubi diversa. *l. legato. 37. de leg. 1. Vid. Everhar. in top. in loco à contract. d. ult. vol. Gæd l. ad l. 20. n. 16. ff. de V. S.* At hic est diversa; quia lex 12. tabul. loquitur de patrefamilias tantum. At in alienando, contrahendo lex non distinguebat, utrum qui hæc faceret, esset paterfam. an filiusfam. Semper a. spectanda est lex, non quid privatus velit. Obstat ultimò *l. finalis. vers. filiusfam. C. de bonis quæ lib.* Sed breviter omissis aliorum responsionibus, dico argumentum à contrario sensu ex illa lege duci, quod cum ei ratio aut lex adversatur, non procedit. At hic adversari ex *d l. penult.* apparet.

VII.

Damnati ad mortem necdum hodie testantur.

l ejus. 8. §. si cui. ff. qui testam. fac. poss. l. 6. §. irritum. ff. de injust. rupt.

rupt.l.29 ff. de pen. libertatem enim, civitatem & bona amittunt. *d.l.ejus.§.fin. ff. qui testam fac poss Vasq. 3.illustr.contr.96.Graff.in §. testamentum. q.16 & seq. Schneid in §.fin.Inst. quibus non est perm. fal.testam. Geil. .de pace publ. cap.19.n.3. Dauth. in tract. de testam. n.24.* Sed obstat, ratione legis cessante, cessat & ipsa lex. At hodie ratio legis cessat, quia bona damnatorum hodie non confiscantur. *Auth.bona damnator.C.de bon.proscript.* quæ erat prohibitionis ratio *d.l.8. §.fin.* R. Bona non hodie fisco ut olim applicari, sed penes hæredes damnati manere: quod tamen intelligitur de hæredibus legitimis, & ab intestato; nec ex testamento. Neque absurdum est, legitimos aliquem habere heredes qui tamen testari neqeat, ut de filiofam, pupillo, furioso, & similibus constat. *Dauth d tract n.209.* Sed obstat quod hodiè & libertatem retineat *Auth. Sed hodiè C.de don.inter vi. & uxor.* R. loqui *Auth.* de iis, qui post sententiam vivi remanent *Dec. & Cagnoll ad l. servitutem ff.de R.J.* Vel si generaliter intellexeris, tamen prior & tertia ratio obtinet. Et notum est, quoties plures prohibitionis rationes sunt, unicam eversam esse, ad eversionem rei non sufficere. *Diff.D Vigl.in §.sed hactenus n.9.de mil.testam.Wes.in π.n.13.ff. qui testam.fac.poss Pet.Georg.Thol.42.Syntag.8.n.11.*

IIX.

An nostri temporis milites, jure militari testari possint? Ajo.

Cum enim rationes eæ adhuc vigent, propter quas militibus Romanis jure militari testari concessum sit, intelligo imperitiã & periculum. *§.1.Inst.de mil. testam.* non video, quare hoc nostris sit adimendum. Est enim hodiè nostrorum militum, ob armorũ occupationem, eadem ignorantia juris, eadem quoq; sustinent pericula, idemque publici belli mansit finis, propulsatio scilicet hostis vel recuperatio rerum ab hoste ablatarum: quare idem meritò jus remanere debebit. *arg.l. 8. ff. de pub. jud. Bocer. de bell. 1. cap.28.* Adde quod permissa intelligantur, quæ & permissa durant, *l. item eorum § quod si actor. ff.quod cujusq. univers.l.sancimus. C. de testam* Ad hæc privilegia permissa durant, cum eis nulla contraria constitutione derogatum sit. Quin imò & nostri milites nõ

tantum pro patria vindicāda, pro laribus sepulcrisque avitis (ut Romani consuevêre) sed etiam pro sanctissima religione sanguinem animamque profundunt. *D. Vigl. ad princ. Inst. de milit. testam ibid. Mynsing n. 4. Vaud. 1. var. quæst. Diss. Aretin. in prin. Inst. de mil. test. ibid. Melch. Kling. fol. 135. Bald. in l. penult. ff de mil. testam.*

IX.

Doctoribus & advocatis idem permittere, ratio juris impedit.

Siquidem ratio, ob quam armatis militibus, diligens observatio in testamentis ordinandis, remissa est, per omnia in ipsis cesset, imperitia scil. juris & simplicitas, itemque armorum occupatio. *Inst. in prin. de mil. testa l. ult. in prin. vers. etenim, C. de jur. delib.* De imperitia est textus elegans *in l. 2. §. 43. de orig. jur.* ubi dicitur, *Turpe est oranti caussas, in quo jus versatur, ignorare.* Facit *l. 14. C. de Advoc. divers. jud.* atque ita communiter DD. sentire *Mich. Graff. quondam Academiæ Rosarum antecessor dignissimus, refert in §. testamentum. quæst. 4.* Scio hic multa posse agitari, & inprimis Doctores militibus æquiparari. *text. in l. 14. C. de Advoc. divers. jud.* E. & idem jus illis tribuendum erit, per vulgare illud axioma, quod in æquiparatis idem jus sit statuendum. Ad quod diluendum, mihi illa communis distinctio non improbatur; nos vel loqui de privilegiis, quæ militibus ratione ignorantiæ & simplicitatis concessa sunt, & tum non gaudent iisdem privilegiis; *propter d. l. 2. §. 43.* Vel loquimur de privilegiis, quæ concessa sunt respectu prærogativæ & meritorum, & tum secus est *d. l. 14.* De Præeminentia Doctoris et Militis Multis Agitur. Videndus omninò *Joan. Lauterb. in tractatu suo de arm. & lit. n. 11. & mult. seqq.* Non improbabilis videtur *Angeli traditio ad l. Centurio. 14. de vulg. & pupil. substit.* in actibus militaribus militem præferendum esse Doctori: & vice versa, in actibus facultatis Doctorem anteponendum esse militi *l. 1. C. de off. vicar.* Adde *A. Gell. 2 noct. attic 3* An Doctores Juris, Se Nobiles Ex jure Probare Queant? Affir. per text. expressum *in l. 7. C. de postul. l. diximus in fin.* ubi Ulp. nobilissimus appellatur *ff. de excus.* qui duo textus (*inquit Joan. Lauterb. d. tract. n. 90.*) refutant incautas voces audaculorum quorundam, contendentium nobilitatem Jurisconsultorum

Hhh 2 rum

cum nulla lege probari posse, Hinc tradit *Alexand. cons. 94. vol. 1.* quod statuta de nobilibus disponentia DD. comprehendant. DOCTOREM TAMEN, NOBILEM, IGNOBILI PRÆTERA ET GENERE ET LITERIS PARTA NOBILITAS FACIT. Ad quod adduci potest, quod nostri dicunt duo vincula uno fortiora esse per *§. sed hodie Inst. de adopt. Bald. in l. nemini C. de advoc. div. jud. Barbat. c. ad aures. ext. de rescript. prout eos refert nobis adsistens Joh. Lauterb. d. tract. n. 59.*

X.

In testamento solenni requiruntur septem testes.

§. Sed cum paulatim. Inst. h. t. si unus 12. C. de testam. ne videlicet in tam celebri actu quid falsitatis committatur *l. fin. C. de fideicommiss.* Cur autem septenarius numerus electus fuit? nulla (*inquit Forcat dial. 14. n. 8.*) ratio reddi potest; præterquam quod hic numerus mediocris visus est legislatori *l. 1. §. pueritiam & ibi gloss ff. de postuland.* Aliter *Covarr ad c cum esses extr. de testam. n. 6.* Lex civilis (*inquit*) quæ testium solennitatem induxit in testamentis, justa est, propterea quod hic testandi actus gravis est, & mille obnoxius fraudibus. Voluit ergò lex, quo tutius & fidelius ageretur, hanc solennitatem statuere ad totius Reipubl. utilitatem. Sed nodum propositum *Covarr.* non magis, quàm *Forcat.* tollit. Nam & hoc per quinque, sex, octo aut decem testes præstari potuit. Quæ igitur vera ratio? Probabile omninò mihi videtur, quod *Dauth de testam. n. 420.* refert, veteres peculiarem quandam vim & energiam huic numero septenario attribuisse. Undè & sacer, & perfectionis dicitur, qui numerus omninò huic sacræ & justæ, hoc est, perfectæ hominis ultimæ dispositioni cōvenire tēstius legislatori visus est Adde *Lamb. Dana. 2. Eth. Christ. 10.* Verum. oppon. quod sępè inextricabiles difficultates incidāt propter tot testes, ut indè facultas testandi sæpè hoc nomine contra omnē æquitatē impediatur. R. committi fallaciam accidentis: nā id impedimentum non à jure, sed aliundè præstatur, nec jura in singulas personas, sed in universum constituta sunt, quod satis legislatori est. 2. Oppon. *c. cum esses. Extr. de testam.* R. *Covarr. d. l. id.* procedere in provinciis Ecclesiæ Romanæ subjectis. Vel *ut Conan. vult*, hoc idi-

idcircò à *Pontifice* introductum est, ut ista testandi facilitate, præsertim quod *Parochum* adesse jubet, facilior via Parochis & sacrificulis ad privatorum fortunas patefaceret; quod ipsum notat etiam *Bodin. 5 de Republ. 2. 3.* Oppon. *Nov. Leon. 41.* R. Cujac. *17 obs. 31.* Novell. Leonis catenus recipiendas esse, quatenus juri civili non adversatur, vel etiam, ut puto, si casus in iis decisus, jure civili non reperiatur excussus.

ADDITIO.

De numero septenario vide *Corat. in tract. de commun. opin. lib. 1. tit. 3.* Sanè ejus usus frequentissimè in divinis litteris occurrit, cujus in rei probationem *Apocalypsis Iohan.* sufficit: in humanis actibus sæpius quoque apparet, & variis nominibus honoratus est. *A Pythagoricis* enim dictus fuit numerus virginitatis: unde ab antiquis *Palladi* fuit consecratus, *vel secundum Plutarch. Apollini ab Apuleo*, purificationis, meque protinus *(inquit)* purificandi studio marino lavacro trado, septies submergo fluctibus. Und 4. *Regum* legitur, quod *Helisæus* Propheta dicat Leproso: Ingredere Jordanem, & septies te lava & purificaberis. Itidem Libertatis, ex quo servi *Hebræorum* in septem annis libertatem consequobantur &c.

XI.

Quod & in testamento pestis tempore facto dicimus.

l. 8. C. de testament. Scio quosdam ita distinguere, ut si parva pestis sit septem adhibeantur; si magna & dura quinque: sin testator peste correptus, aut domus ejus infecta sit, duo aut tres sufficiant *Mynsing. 1. observ. 96. ubi in Camera ita pronunciatum refert. Geil. 2. observ. 118 n 18.* Quia tali tempore plurium testium copia haberi nequit. Solét enim propter pestilitatem homines ut plurimum vel aufugere ex loco infecto, vel aliàs infectum & conversationem tacti peste vitare *Bart. in l. ætate ff. ad SCtm. Treb.* adeò ut *Bart. in l. nullus. C. de summa Trinit.* Dixerit: etiam tali casu infectum de loco vel civitate expelli posse, ne suo morbo alios inficiat. *Mynsing. d. loco n. 3.* hæc quidem ita dicuntur, sed minus legaliter. Concedit quidem *l. 8.* ut aliquid de solennitatib. tempore

pore pestis relaxetur, sed relaxatio illa non circa numerum sed circa testium eodem tempore conventionem versatur. At enim *Testes hujusmodi morbo oppressos, eo tempore jungi, atque sociari remissum est, Non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est*. Septem ergò testes requiruntur, sed non opus est, ut omnes simul socientur & jungantur, ut coram eis testamentum publicetur. Ad argumentem autem à *Mynſ. d. loc.* oppositum, difficulter scilicet tempore pestis tot testium copiam haberi: R. difficultatem testium excusationē non præstare: à simili illud probo; concessum est rusticis coram 5. testibus voluntatem suam declarare, si eo loci plures testes haberi non possint. Sed quid si nec quinque testes haberi possint, anne dices valere hujus necessitatis prætextu? Audi Just. *in l. ult. C. de testam. Sin autem in illo loco, minimè inventi fuerint 7. testes, usq; ad quinque modis omnibus adhiberi jubemus; minus à nullo modo concedimus*. Legi itaque scriptæ parentum est, & septem testes adhibendi sunt. *Gail. d. loc.* tali arg. nititur; tempus belli & pestis æquiparantur, cum tunc censeatur esse bellum inter Deum & homines. *Bart. in l. naturaliter n. 27. ff. de usucap.* Sed in bello valet testamentum minus solenne. E. & in peste: Cui arg. respondet *Fach. 5. contr. 92*. Vide varias hac de re sententias apud *Dauth. de testam. n. 424. fol. 446.*

ADDITIO.

Illustriss. Elector Saxon. voluit testamentum coram 2 vel 3. fide dignis factum subsistere. *p. 3. q. 4.* quod adde *consult. Sax. p. 1. q. 31.*

XII.

De Patris testamento inter liberos disquiritur.

Cujac. consult. 1. duos ad minimum testes requirit, eo fundamento, quod nimirum testamentum ea voluntas dici non possit cui testes desunt. Contrarium docent communiter Dd. etiam absque testibus scriptum manu patris subsistere, & dici posse, quod probatur *Auth. quod sine C. de testament. l. hac consultissima §. ex imperfecto. C. eod. l. ult. C. famil. ercisc.* & hanc sententiam suadet favor liberorum, quibus hereditas obvenisset, etsi pater intestatus decessisset. *l. 7. ff. de bon. damnat.* cui & favor paternus addi potest, cui meritò in hoc tam pio proposito leges favent, dū pa-

trimonium suum hac de causa inter liberos dividit, ut omnium litium occasionem eis adimat. Ideoq; (*inquam* constitutum, ut, propter debitam à liberis parentibus reverentiam, Paternum judicium qualecunque non rescinderetur, sed firmum ratumque permaneret. Nec obstat argumentum *Cujac.* siquidem lex hanc patris voluntatem, ut testamentum, confirmat, meritò ergò & jure testamenti valebit. *Graff. §. testamentum. q. 16. n. 2.* Et hæc quidem procedunt quo ad ipsos liberos: secus quo ad extraneos. His enim si quid in iis relictum est, omnino duo testes requiruntur *Graff. d. loco. n. 8.* Adde *Fach. 4. controv. 1. Mynſ. 5. obſ. 28. Geil. 2. obſ. 112. n. 1.*

XIII.

Militis testamentum etiam absq; ullis testibus subsistit.

Quia in terminis jurisgentium versatur. *l. 13. ff. de milit. testam.* quo jure in testamentis nulli requiruntur testes. *arg. §. sed cum paulatim. Inst. de testam. ord.* Ergò nec in militis, imò nuda militis voluntas pro testamento observatur. *in princ. Inst. de milit. testam.* non potest autem illa nuda voluntas dici, quæ rogationem testium desiderat. Opp. *§. planè Inst. de mil. testam.* ex quo §. *DD. nostri* communiter colligunt, ad minimum duos testes in militis testamento requiri: nam & jus gentium (*ut Mynſ. n. 3. ad. §. planè ait*) illud exigit. Ad oppositum *§. planè.* R. in eo proponi facti speciem, in qua miles convocatis hominibus voluntatem suam testato proponere voluit, quod ei quidem licet, sed indè inferre non aliter quam testibus præsentibus expediri posse, non consequitur. Quod verò *Mynſ.* existimat, jus gentium duos testes requirere, video & *Mich. Graff. §. testamentum. q. 11. n. 1.* probare. Verius tamen est, jus gentium testium interventum non desiderare quia testes à jure civili demum introducti sunt. *§. sed cum paulatim. Inst. h. t.* Sufficit itaque quævis declaratio voluntatis, puta si scriptura inveniatur, ultimam ejus voluntatem continens. Atque ita intellige. *l. Lucius. 40. ff de mil. testam.* ibi. *Ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse, legitimis probationibus ostendatur.* Quia & illa legitima probatio est, si scriptura ejus inveniatur, & apertè in testamento inter liberos *quæst. 12.* probavimus. Adde *Boc. de jur. Bell. cap. 25. Vigl. Wes. ad d. §. planè.* Diss. *Accurs. ad d. §. planè. Geil. 2. observ.*

serv. III. n. 17. & Dd communiter, qui quidem admittunt sententiam nostram, dum in acie & conflictu belli moritur: Tum enim si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverit, aut in pulvere inscripserit gladio, valere contendunt. *l. 15. C. de mil. testam.* secus quando in tentorio degit. Sed per superius dicta facilè veritas elucet.

XIV.

Cur mulier in testamento à testimonio arceatur? in Codicillis non utiq;?

Non judicii infirmitate *ut Dd. putant*: Aliàs enim & à testimonio in aliis causis dicendo prohiberetur. *Vigl. ad §. testes autem n. 3 hit.* sed quia adhibitio testium, ad confectionem testamenti est de jure civili: jure autem civili mulier in calato testamento testis esse non poterat; quia comitiorum commercium non habebat. *Gell. 5. noct. Attic. 16.* neque in eo, quod fiebat in procinctu, quia militiæ capax non erat: neque in eo, quod per æs & libram fiebat, quia in emancipationibus tanquam solennibus adhibebantur cives Romani, masculi tantum, non etiam fœminæ: Hæc inquam vera ratio est, quæ cum in codicillis cesset, & juris dispositio cessare debet: Cessare in codicillis eam rationem ex *princ. Inst. de Codic.* penitius introspicienti facilè cõstabit. Refertur enim ibi Codicillorum origo, nec mentio fit ullius codicilli in comitiis aut procinctu facti. Ergò. Quinimò & illud apertiùs colligitur *ex §. fin. Inst. de codicill.* Ubi dicitur, codicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare. At quis testium adhibitionem ad ordinationis solennitatem spectare ignorat? At dices, & ibi quinque testes desiderari, ut & in *l. ult. C. eod.* Eleganter *VVesen ad §. fin ait*, testes illos ad probationem saltem adhiberi, & quis fœminam probare posse negat? *l. ex eo. ff. de testib. l. 3. §. lege Julia. ff. de testib. l. 2. de accus.* Non item moves, quod *Dec. in l. 2. n. 27. de R. I.* opponit, eundem modum sc. in codicillis observari debere, qui in testamentis præscribitur. *l. hac consultißima. C. qui testam. fac. poss.* quia illud non ad testium qualitatem referri debet, sed ad tabularii subscriptionem, & cætera quæ specialiter in cæci testamento ultra vulgarem testandi formam intervenire

necesse est, quæ & ipsa in codicillis observatur. Atque ita Dd. communiter sentiunt *Crass.in d.§.q.57.n.4.Wesenbec.ad §.4,Inst.de testam.ord.ibid.Schneid.n.3.D.Vigl.d.loc.n.5.*

XV.

Filius emancipatus patris testamento rectè testis adhibetur.

Cùm quia nunquam in jure relatum est, liberos emancipatos in testamentis testes esse non posse, tùm quia textus in §. *in testib. Inst. de testam. ord.* loquitur de liberis in potestate retentis. Ergò à contrario sensu, si ea solutus sit filius, testis esse poterit. Oppon. quod domesticum testimonium reprobetur. *l.3. ff. de testib.* R. Esse fallaciam figuræ dictionis: Est enim æquivocatio in verbis: *domestici testimonii.* Non enim in testamentis, ex cognatione, sed ex unione potestatis Domesticum testimonium consideratur, quæ unionis fictio, cessante patria potestate, tollitur. Non obst. *l. parentes. C. de testib.* Siquidem ea tum procedit, ubi parentibus per liberorum testimonium aliquid acquiritur, & sic de actibus inter vivos tantum loquitur, quia per testamentariū testimonium nihil compēdii mortuo testatori ex eo testimonio accedit, sed hoc tantùm agitur, ut ultima defuncti voluntas exitum sortiatur.

XVI.

Legatarii etiam rectè in testamento nuncupativo testes adhibentur.

Testator enim eligit fidem legatarii, quo ad totum. Testamentum autem est individuū, proinde circa legatum ejus fides respui nequit: probat & hanc sententiam §. *legatarius. Inst. de test. ord.* quem §. scio *Duar. in com. qui testam. fac. poss. c. de testib. fol. 326.* accipere de testamento in scriptis facto, quod fortassis ex serie demonstrari potest. Ratio tamen *quâ utitur Imper. in §. legatarius,* tàm in nuncupativo, quàm scripto testamēto obtinet. Ait enim: *quia non juris successores sunt,* h.e. (*ut rectè ibid noster Vigl.n.4. explicat*) quia negotium non censetur cum ipsis, sed cum hæredibus agi. Nostram sententiam confirmat *l.20. in pr. ff. qui testam. fac. poss.* quæ lex cum indistinctè & generaliter loquatur, ut nos eam distinctè

&

& specialiter in testamento scripto excipiamus, ratio juris non patitur. *l. de pretio. ff. de pub. in rem act.* Ad quam legem nec sibi ipsi satisfacere Duar. *videtur.* Facit & *l dictamtibus. 22. C. de testam.* hisce verbis: testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libitu, quod voluerit testator, relinquere non prohibetur. Ergò & nuncupativo rectè interveniunt, & quid prohiberet? Animadverto illud opponi, neminem idoneum testem esse in re sua propria. *l. nullus. ff. de testibus. l. omnibus. C. de testibus.* & propriam rem seu causam definimus, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *l. 1. § in propria. ff. quando appell. sit.* Atqui emolumentum legati ad legatarium suo nomine pertinet. Ergò R. hoc speciale esse in testamentis, ut etiam illæ personæ, ad quas commodum aliquod ex iis pervenit, testes esse possint. Rationes specialitatis variæ *à Dd. nostris* afferuntur. *Donell. 6. comm. 7. in fin.* dicit, per consequentiam contingere, ut commodum sentiat, & non principaliter, quæ & per consequentiam fiunt, non curantur. *l. 1. ff. de auct. tut.* Addit & numerum reliquorum sex testium, qui vel per se satis esse poterat, conjunctim cum legatario, facilè & hujus testimonium ab omni falsi suspicione tueri. Prima ratio *Donell.* non urget propter *c. personas. 20. ext de testib.* Secunda conjuncta cum sequentibus prodest, quas ex ipsis juris textibus desumimus unica est, quia legatarii non juris successores sunt; quæ ratio eos ab hæredibus seperat. *d. § legatariis Inst. h. t.* Altera ex *l. si quis ita. ff. de reb. dub.* Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. Ergò quod ad ejus confirmationem adhibitum est, in ejus infirmationem vergere non debet. *arg l. 19. ff. de legat. 1. D. Vigl. d. l.* Præsertim cum juris dispositio hanc testatoris approbationem confirmet & admittat *Dd communiter ut notat Craff in d. § quæst. 57. n. 15. Daut. de testam. in explic. l. 20. n. 4. fol. 475.*

XVII.

Testes alio quovis signo præter annulum χαρακτῆρα habente testamentum signare possunt.

Per text. *l. ad testium. § signum autem. ff. qui testam fac. poss.* Scio variè textum illum à nostris torqueri. *Hottomann. 1. obs. 20. cumq;*

secutus VVesenb. ad §. 5. Inst. de testam. ord. negativè, *ut non tantum annulo*, cum legunt. Sed legem corrigere non est interpretem, sed legum conditorem agere, eaque interpretandi licentia admissa quidlibet ex quolibet effingi potest: Ideoque illam lectionem meritò rejiciunt *Cujac. 24. observ. 11. Robert. 1. lection. 21.* qui nescio an felicius textum illum ita accipiunt, quasi non alio signo præter annulum obsignare liceat; quod idem probat *D. Vigl. ad §. 5. de testam. ord. Duaren. ad rubr. de testament. an scripta. li. 2.* urgentes verba legis. *Et magis est, ut tantum annulo quis signare possit*, quasi alia signa excludat, & huic rei argumento statuunt, quod *Ulpianus* scripserit, homines varie signare: Varietatum autem incertitudo, quam omnem à testamento abesse convenit; sequitur, idcirco ad incertitudinem vitandam annulum tantum *Ulpian.* requirit. *Duaren.* & eam rationem addit, quod character annuli, qui gestari solet in digitis, notior omnibus esse potest. Dixerit & aliquis cum *Vigl.* si alia fortuita signa admiserimus, & veteris juris solennitatem interire. Sed his non obstantibus cum *Franc. Conan. comment. 2. num. 3.* comparatè textum intelligo, de eo teste, qui duo habet signa, quibus signare solet, quorum unus sit annulus signatorius, aliud verò in re quapiam alia incisum, quo non ita frequenter utitur, ut si comparatio inter annulum & aliud signum statuatur, annulo potius, tanquam signo magis noto, quàm quopiam alio signo obsignare debeat. Et constat multos annuli loco signa habere ærea, vel argentea, vel etiam lignea, quibus sic forma redditur; ut annulo impressa dicas, anne tum vitiabitur testamentum? Durum certè est dicere, cum & nulla *ut Ang. & Imol. volunt* bona diversitatis ratio reddi possit. Nam quod *Vigl.* de veteris juris solennitate adfert, æquè dubium est, ac illud, de quo disputamus. Nam quis veterem solennitatem in eo consistere putat? audi *Plin.* nullos omninò (*ait*) annulos, major pars gentium hominumq;, qui sub imperio nostro degunt, hodiè habent. Jam verò certum est, multos populos temporibus *Plin.* civitate Rom. donatos testamentum fecisse, quæ signabantur à testibus, non annulis, quos nullos habebant, sed alio quodam impresso, ut solennitas testamenti perageretur. Ad *Duar.* rationem quod attinet, non etiam puto illam urgere, notior est character annuli. Ergò. Quid enim si character ejus in-

insit alteri cuicunque rei, anne æquè notus esse poterit. Quod enim hic facit annulus? non materiam in qua, sed ipsam characterem consideramus. Quinimo si alieno annulo obsignare licet, imò uno annulo omnes poterunt. § *possunt. Inst. de testam. ord.* quare non multò magis signum suum, nõ in annulo, sed in qualibet alia re impressum opponere licet? & hanc nostram sententiam. *Nov. constitutio* von Notarien. *sub rubric.* von testamenten. *vers.* Nun die Form. *ex Bart. Ang. Imol* & aliorum sententia comprobavit, quod videl. sufficiat, Daß ein Testament mit gewöhnlichen Siegeln und Siegneten bezeichnet werde. *Dauth. ad l. 22. n. 12. Qui testam. fac. poss.*

ADDITIO.

Annulum signatorium, *de quo hic agimus*, cuique habere licuit, etiamsi jus aureorum annulorum consequutus non fuisset; cujus usus varius fuit, & apud veteres maximus. Nam propter multitudinem servitiorum reclusa omnia, obsignataq; à Dominis tenebantur, sicq; à rapina *ut Plin. ait*, vendicabantur. Item in obsignandis tabulis & instrumentis utebantur eo, *ut Plaut. ostendit in Curcul. Act. 2. Scen. ultim.* Unde plus annulis, quàm animis hominum credi queritur *Senec. lib. 3, de benefic. c. 15.* & obsignari tabulas consuevisse *Paul. 5. Sentent.* 25. tradit. Testamenta quoquo insuper annulo signari moris fuisse satis constat *ex d. l. ad testium. § signum. autem ff. qui testam. fac. poss.* invenio quoque nonnunquam testatores hunc annulum uni ex hæredibus tradere solitos fuisse. *l. cum pater. §. pater. ff. de legat. 2.* Sic *Augustum*, cum morbo gravissimo conflictaretur, deplorata salute, annulum *Agrippæ* tradidisse *Dio lib. 53.* refert, & *Tiberium* deficientem exemptum digito annulum, quasi alicui traditurum, parumper tenuisse. *Sueton. in ejus vita 73.* testatur. Atq; hunc annulum utplurimũ secum circumferebant, ut notat *Macrob. 7. Saturnal. 13.* quem & unicũ saltem habere licuisse majoris certitudinis causa ex eodẽ cognoscitur. Supervacaneum esse monere literas eo obfirmatas utplurimũ fuisse. Nam & illud adhuc ætas nostra observat? Quo pertinet *Tulli Q. Ciceron.* fratri rationem regendæ provinciæ præscribentis sententia; sit annulus tuus, *inquit*, non ut vas aliquod, sed tanquam ipse tu: non minister alienæ volũtatis, sed testis tuę.

Un-

Undè *T. Livius lib. 7. Decad. 3. & Jul. Frontin. lib. 5. Stratagemat.* testantur: Quod *Q. Sempronius* post infaustam adversus *Annibalem* dimicationem, qua collegam *Marcellum* amiserat, cum compe-risset potitum *Annulo* interfecti pœnum, literas circa municipia totius *Italiæ* dimiserit, ne crederent epistolis, si quæ *Marcelli* prolatæ proferrentur: Monitione consecutus ut *Salapia & Italiæ* urbes frustra dolis *Annibalis* tentarentur.

XIIX.

Contractum in testamento celebrari non posse verius est.

Constat testamentum uno contextu conficiendum esse. *l. 21. §. fin ff. qui testam. fac. poss.* At uno contextu conficere est, nullum extraneum actum intermiscere. Contractus autem est actus extraneus, & planè diversus à testamentis. *l. verba 20. ff. de V. S.* ostendit & ipsum definitio testamenti: Testamentum est voluntatis nostræ sententia. *l. 1. qui testam fac poss.* At contractus non tantum est nostræ voluntatis sed etiam alterius. Est enim contractus ultrò citròque obligatio, ex duorum voluntate constans, *l. Labeo. ff. de V. S.* Ergo. Addo quod testamenta usque ad mortem possunt revocari: debet enim voluntas hominis ambulatoria esse usque ad extremum vitæ spiritum. *l. 4. ff. de adim. legat.* Atqui à contractibus simul initis non licet alterutri contrahentium invito altero recedere. *l. sicut. C. de oblig. & actio.* Scio gloss. *part. Roman. & alios* simpliciter contrarium adstruere, propterea quod contractus, actus modicus dicatur. *l. duos. 6. §. fin. ff. de duob: reis.* Actus autem modicus (quanquam superfluus) neque contractum vitiat. *l. quæ intrinsecus. 65. de V. O.* neque testamentum. *l. testamentum. 17. C. de testam.* & *d. l. duos. 6.* contrarium innuere. Vult enim modicum actum ita demum vitiare, si is contrarius obligationi non sit; id est, si extraneus & alienus non sit. At contractum testamento contrarium probavimus. Alii distinctione utuntur, ut si contractus aliquo modo ad testamentum pertineat, ut tum in testamento fieri possit: si verò planè alienus sit, non item. *Duaren in comm. qui testam. fac. poss. in rubr. de nuncupat. testam. Soarez lit. C. n. 311. Alciat. in l. 1. §. 15. ff de V. O* Argumenta ejus sententiæ hæc sunt: Primum est *in l. adsignare. ff. de adsign. libert.*

Quod

R. Quod testator: designãdo libertum cum alio non contrahat, sed voluntatem suam tantum sine contractu declaret. Præterea pignus dicitur constitui testamento. *l. non est mirum. ff. de pignor. act.* item quod jurejurando heredem adstringere possit, ut aliquid faciat. *l. cum pater. 77. §. filius ff. de legat. 2.* Quib R. Vigl. *in §. seu cum paulatim n. 8. Inst. de testam. ord.* Insuper *Dauth.* nobis contrarius opponit *l. quidem. 46. ff. de hered. Inst.* In qua testamentum proponitur & contractus mandati. Sed an mandatum inter testatorem & substitutum sit celebratum in testamento? hoc ad quæstionem nostram propius est & hoc expreßè negat *d. l. in verbis: Nec quicquam ab eo petitum est.* Quæ etiam posteà ratio redditur, cur filio fideicommissum non competit, nisi fides testatori data sit. *Vid. Cujac. in tract. ad Afric. 2.* in applicatione *d. l. quidam.* Instat Dauth. *in d. l. heredes ex c. 1. Auth. de testam. imperf.* At divisio emptionis vicẽ obtinet. *l. 1. C. Comm. utriusque jud.* R. Dividendo res suas inter liberos non contrahere, sed potius voluntatem suam declarare; & apertè *d. Auth. de imperf. testam. cap. 1.* indicat quod verò in *d. l. 1.* dicitur alium sensum habet. Vid. *Cujac. in π. C. eod.* & omninò *Sichard. n. 5. 6. 7. fol. 243.* A nobis etiam dissident. *Loriot. in apicib. jur. tit. de testam. ord. axiomat. 25.* citans *l. fin. C. de pact.* quæ lex agit de pacto dispositivo successionis, cui accedit voluntas testatoris. Sed dicendum, ibi non esse testamentum, ideoque inter testandum non accessisse illud pactum. *Cætera Lorioti ex superioribus refutari possunt.*

Πάρεργον.

Hæreditas per procuratorem acquiri nequit.

L. per procuratorem. 90 ff de acquir. hered. Cum enim procuratori mandem, ut adeat hæreditatem, eo ipso videor adire, siquidem hæc natura hereditatis sit, ut in quo semel vel momento hæsit, vel tantum transiit, in eo relinquat directum jus hæreditatis, quod fit sola animi agnitione. Unde *Paul. in l. 88. ff. de acquir. vel amitt. hered.* ait: Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium; imò si hereditas per procuratorem acquiri possit, consequeretur hac in re nihil præcipuum habiturum Cæsaris procuratorem, cum tamen hoc ei

specialiter & jure singulari lex datum dicat. *l 1. §. ult. ff. de off. procur.* Quinimò is hæreditatem solam adire potest, cui delata est. At procuratori non delata est, sed principali. Ergò & is eam adire debet. Hinc & nominatim cautum est legibus, per procuratorem nihil nobis acquiri posse, excepta sola possessione, & per hanc dominio *l per procuratorem. 1. C. de acq. & rei poss. l. 1. C. per quas pers. nob. acq.* Adde, quod nec per servum aut filium, pater aut dominus acquirat hereditatem, nisi ipsi filio aut servo nominatim testamento delata sit. Ergò multò minus per extraneam personam veluti procuratorem acquirere quis poterit hereditatem. Verùm ab hac communi & vera sententia recedit *Francisc. Duar. 2. disput. 27.* quem sequitur *Fachin. 6. controv. 96.* Moventur, quod nullo jure id exceptum reperiatur, ut meritò permissum censeri debeat. *l. ex eo 18. ff. de testib.* Nec quicquam obstare *d. l. per procuratorem. 90 de adq. hered.* autumant, cum non de procuratore, sed curatore loquatur, quod ex *ff.* Florentinis constat, ubi clarè legitur, *per curatorem hæreditatem acquiri non posse.* Quam lectionem etiam recipit *P. Faber. 2. Semestr. 22.* Et ita legi negari nequit. Sed vetus lectio habet *per procuratorem*, quod in vetustis Digestorum membranis legitur, quas penes se habuisse *subtiliss. Cont. 2. succ. 17.* testatur, ita ut ei legi mendum juxta Florentinam editionem inesse suspicetur. *Cujac. obs. 34.* Sed jam in vulgus recepta est sententia, eam præ cæteris familiam ducere. Quid igitur? putarim (*inquit d loco Cujac.*) sive hoc, sive illo modo legatur, non à communi sententia recedendum esse. Unde & *Donell. 7. comment. 9.* non quod contendam (*ait*) retinere debere lectionem vulgarem, sed quia ratione certa id conficitur. Itaq; ad argumentum *Duaren.* ex superioribus respondendum erit, satis illud LL. prohibitum censeri. Quid enim aliud præcipuum habebit procurator Cæsaris? Regerit *Fachin.* in Cæsaris procuratore sufficere generale mandatum, in aliorum speciale, ut prius concedam nihil efficit, quin posterius negem, cum specialitas vel generalitas in proposito nihil efficiat, sed declaratio voluntatis desideretur, quæ accedente speciali mandato statim mandantem heredem facit. Et ut clarius res pateat, stat immota propositio. *Hereditas per procuratorem non acquiritur, hoc est, solennia aditionis frustra ab eo peraguntur, sed rectè nihilominus per procuratorem, ut fungatur vi-*

renuntii, vel epistola, animus adeundi declaratur. Quidam & eo argumento moventur: Bonorum possessio per procuratorem ad hoc specialiter constitutum adiri potest, *l. si maritus. C. mandat. l. 3. §. acquirere. ff. de bon. poss.* Ergò & hæreditas R. *de lo. Cujac.* Jus prætorium jure civ. indulgentius est & mitius. *l. 7. ff. de J. & J.* Jus Civ. directum & asperum, jus prætorium mite & moderatum est, *Adde Cont. d. loco.*

ADDITIO.

Quia hæreditatis aditio est actus legitimus. Actus autem legitimi per alium expediri nequeunt. *Vide omninò Petr. Fab. 2. Semestr. 22.*

EXERCITATIO OCTAVA.

RESPONDENTE

JOHANNE GICKIO COBURGENSI.

THESIS I.

HÆredis Institutio est successoris à testatore facta designatio, & in omni testamento requiritur. Primò quidem suorum, aut iis non existentibus, etjam extraneorum.

Adeò ut nec militis testamentum sine hæredis institutione subsistat. *l. 3. ṽ l. sententia. ff. de his quæ in testament. delent. l. 1. §. fin. de vulg. & pupil. subst.* nec illud dubium ullum habet. De suo quod di-

dicitur disceptari posset. Quis Suus? refert *Alciat. in fin. lib. 4. de V.S.* A *Socino* rogatum *Politianum* quis suus hæres diceretur, obmutuisse. Nec res cognitu facilis est, inquit *Coras. 3. mistell. 16.* Est ergò suus hæres (*ut Vigl. describit ad §. sui autem. Inst. de hered. qualitat. & diff.*) quasi proprius & dominatus, non aliunde accitus, quasique sui ipsius hæres. Unde & vivo patre quodammodo dominus paternorum bonorum dicitur. *l. in suis. ff. de liber. & posthum.* ex qua argumentum *contra thesin* depromitur: si vivo patre dominus est, ad quid institutio? per institutionem enim hæredi confertur, quod non habet. Sed utrumque rectè, per institutionem conferuntur multa, quæ vivo parente non habet. Dominium habet, sed fictione juris civilis: Unde & *d. l. in suis.* QUODAMMODO vivo patre dominiū pronunciat, verùm mortuo parente naturale & verum dominium per apprehensionem possessionis consequitur. *l. 23. ff. de adquir. vel amit. poss.* Hinc & dici solet: Jus sui hæredis non plus operari in suo, quàm aditio in extraneo. *l. si is qui pro emptore. ff. de usucap.* quem constat ante aditam hæreditatem nihil juris in re, sed ad rem tantùm habere, ut nec adita hæreditate, possessio in ipsos, nisi naturaliter apprehensa transeat. *d. l. cum heredes. 23 ff. de adquir. vel. amitt. poss.*

II.

Institutus in re certa utrum loco hæredis, vel legatarii habendus sit?

Communis Dd. schola docet: hunc nec hæredem esse, nec legatarium, sed tertiam quandam speciem constituere, quæ partem de natura instituti universaliter, & partem de natura legatarii participat, ut videre est apud *Tiraquell in tract. de mort. satis p. 2. declar. 4. n. 3.* Quæ sententia licet communis sit, vera tamen non videtur: Nam de natura hæredis nihil potest participare, ea ratione, quòd cui non conveniant verba legis, ei nec dispositio convenire potest *l. 4. §. toties. ff. de damn. infect.* Sed instituto in re certa, non conveniunt verba hæredis. Ergò nec dispositio. Minorem sic probo: Hæres derivatur ab hæreditate: qui enim consequitur totam vel partem hæreditatis, is hæres dicitur. *§. sed si plures. Instit. de hered. Inst.* Sed qui habet certas res, non potest dici heres, quia hereditas dividitur in partes quotas, non in res parti-

cu-

culares. *l. servum* §. *fin ff. de hared. Instit.* §. *hareditas. Inst. eod.* Et ideò notat *Immol. in l. ex facto. de hared. Instit.* hunc non posse dici ex vi verborum institutum in parte hæreditatis; cum hæreditas in jure universali consistat. Item hæredes juris successores sunt. *l. quoties.* §. *hared. ff. de hær. Inst l. quadam.* §. *nihil. ff. de edend.* & ejusdem juris cujus defunctus. *l. heredem. 59. ff. de R. J.* Ideò cujus personam repræsentant, & una eademque persona reputantur, & in eos transeunt jura activa & passiva. *l. hereditas. ff. de R. J. l. 1. de bonor. poss.* Possuntque convenire & conveniri. *l. cum à matre, C. de R. V. l. si sorori. C. de jure delib.* quæ omnia cum cessent in instituto in re certa, est potius legatarius, quàm hæres. *d. l. quadam.* §. *nihil.* Unde *Corneel. consil. 272. vol. 4* dicit, appellationem hæredis, non ita per totum corpus juris accipi. Opponitur *l. 1.* §: *si ex fundo. ff de hared. Instit.* ubi detracta fundi mentione hæres est. R. quæstionem nostram loqui in tali casu, ubi universalis hæres institutus est, cui additus institutus in re certa, *juxta l. quotiens. C. de hared Instit.* At si universalis hæres repudiat hæreditatem, ad institutum in re certa detracta rei mentione, hæreditas devolvitur: licet id expressum non fuerit: jus enim nostrum non patitur, quem testamentum & intestatum decedere. Cui & favor ultimarum voluntatum addi potest, ne concidant.

III.

Sub conditione institutus, pendente conditione non potest adire, vel repudiare hæreditatem.

Est enim conditio futurus eventus, in quem dispositio suspenditur. *Duar in tit. de condit. Inst. sub rubr.* quid sit condit. *fol. (mihi) 411.* Ergò eventu isto deficiente evanescet & institutio. Secundum argumentum ex *l. 1. C. de instit. & substit.* ubi instituta est filia sub hac conditione: Si Anthylli Filio Nupserit. Rescribunt Impp. non prius hæredem exstituram, quàm paruerit conditioni. 3. hæreditas adiri vel repudiari nequit, nisi delata sit. *l. delata. 151. ff. de V. S.* hæreditas autem, quæ sub conditione data est, delata dici non potest, cum non possit adeundo consequi. *l. 1.* § *decretalis. ff. de success. edict.* 4. Quemadmodum quod sub co-

ditione debetur, neque revera debitum sit, neque in ea caussa, ut statim acquiri possit. *l. cedere diem ff. de V. S.* sic nec hæreditas *l. 13. de acquir. hæred.* quod & in legato conditionali rescriptum extat. in *l. si ita 45. §. 1. de legat. 2.* Undè *Jason. in l. si pater n. 10. C. de inst. & subst.* ait: Institutio sive legatum vel fideicommissum conditionale, non transmittitur ad hæredes, honorato decedente, dum adhuc conditio pendet. 1. Opp. *l. 1. de pact.* ubi fideicomm. conditionale pendente conditione rectè dicitur conventione remitti. Ergò & repudiari poterit. R. plus est pacisci, quàm repudiare: illud est duorum; hoc unius 2. Opp *l. si quis ita. 33. ff. de hered. Instit.* R. Ibi unus & idem scriptus erat ex parte dimidia purè, ex altera sub conditione: si navis ex Asia venerit, *respondit JCtus*, cùm ex pura institutione adierit ex asse eum hæredem fore; *additur ratio* nam si conditio existat hæreditas pertinet ad institutum, sin deficiat, nihilominus ad eum spectat, virtute juris accrescendi quia nemo decedit pro parte testatus, & intestatus. 3 Oppon *l. si sub conditione. cum l. seq. & l. 2. §. si sub conditione ff. de bonor. poss sec. tab.* ubi potest peti bonorum possessio pendente conditione. R. Ex *Ulpiano in frag. tit. 24. 26. & 28.* aliam esse possessionem cum re, aliam sine re, hæc petitur rectè pendente conditione, ne tempora petioni præstituta effluant.

IV.

Impossibilis conditio, institutioni adjecta, pro non scripta habetur.

l. mulier. 20. ff. de condit. instit. l. ab omnibus. 104. §. in testamento ff. de legat. 1. §. impossibilis. 10. Institut. de hared. instit. Solet opponi *l. 7. ff. de V. O.* Respondent separari hac in re contractus ab ultimis voluntatibus. Sed regeri potest, interpretationem stipulationis ambiguę hanc receptam esse, ut jubetur id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat, quàm pereat. *l. quoties 80. de V. O. l. ubi ff. de reb. dub.* Potius igitur ea accipienda est, ut conditio pro adjecta habeatur, quàm ut contrahentes hac retenta nihil agere voluisse existimentur: Sed ex ratione diversitatis hæc tota res dependet. Qua igitur vera ratio diversitatis? Sunt qui eam elici-
ant

aut ex personis eorum, qui ex contractu vel testamento aliquid petunt, aut à quibus petitur. Hanc rationem rejiciunt multi: quia nihil facit voluntas hæredis aut legatarii ad obtinendam hæreditatem aut legatum, si testator eos consequi voluit, pendet res non ex voluntate eorum, sed judicio testatoris: Scio quidem voluntatem testatoris sequendam esse, sed hoc non facit ad eversionem rationis propositæ. Sic itaq; ego hanc rationem intelligo: idcirco in contractibus impossibilis conditio ipsam destruit, quia inter duos res geritur, duo considerantur, si impossibilem conditionem stipulantium aliquis protulerit, cur non stipulator rem apertius proferri curavit? Sic utique impossibilem esse conditionem: corriget utique si non ludificari, si non contrahere velle videtur, cum lex contractui apertius dicere potuisset. Et hæc ratio est ipsius JCti in *l.31.de O. & A.* Sed hæc in testamentis non ita dici possunt, quia nihil est, quod hæredi scripto imputari possit, ut in contractibus stipulatori, cum hæres testamentum non faciat, eoque ignorante impossibiles conditiones apponantur, *l.1.ff.de condit.instit.l.3.ff.de condit.demonstrat.* meritò itaque ea pro non scriptis habentur. Opponitur §. *final. Instit.de legat.* R. *Vigl.ad d.*§.*impossibilis.* Objicitur etiam *l. cum heres* §. *1.ff. de statulib.* R. ibi non est conditio impossibilis, sed tantum difficilis conditio, quæ duo inter se differunt: Et enim obstat natura, huic tantum habenti difficultas.

V.

Si Notarius interroget testatorem, num Titium *hæredem velit, isq; respondeat, volo, quæritur an institutio valeat? Nego.*

Perplexa quæstio est, quam non uno modo nostri definierunt, sed omissis *Dd.* plaustris hæc nostra sententia de jure verior apparet; quia pro forma in testamento requiritur, ut hæredis nomen à testatore proprio ore exprimatur. *l. jubemus C. de testam.* quod hîc per æquipollens expediri nequit, cum in casu nostro illud introductum sit, falsitatis evitandæ gratia, quæ sanè facilè committeretur, si legatores mortis cogitatione, & jam terrena hæc negligentes ita à Notario quæri possent: Nec sanè & finis, pro-

propter quem testamenti factio introducta est, hæc sententiam admittit: Is enim hic præcipuus est; ut eos, qui de nobis benè meriti in vita sunt, quiq; obsequiis nos sibi devinxerût, honoremus bonisq; nostris labore, ærumnisq; variis quæsitis dicemus *l. nec adjecit. 9. ff pro socio* qui in casu nostro facilè negligeretur, & permittendo Notarium quemvis etiam testatori aliàs non ita magna amicitia, & necessitudine conjunctum pro hærede obtrudere. Quare omninò hîc cum *Vigl. ad §. cum paulatim n. 12. Inst. de testam ordinand.* inspiciendum arbitror, num videlicet Notarius liberos, aut agnatos, vel alium quemvis fidelissimum amicum testatori proposuerit, quos aliàs verosimiliter hæredes scripturus fuisset, ut tunc voluntas ejus his talibus judiciis concurrentibus, sustineatur. Sin verò extranea persona sit, aut levi amicitiâ conjuncta magis ea vox importuna interrogatione ab ægroto videbitur extorta, quàm quod ea justa ipsius volûtas fuerit. Nec his quicquam adversatur *l. Pamphilo. § propositum ff. de legat. 3.* Nã ut expreßè ibi dicitur: Testator accersiverat amicos, id est rogaverat testes, ut dispositioni adessent, prædixerat enim se dispositurum, atque ita cogitabat ejus hanc ultimam voluntatem esse. Qui etiam solutione repelli potest *l. hac consultissima §. at quum humana C qui test. fac. poss.* Moventur & nõnulli *l. final. C Si quis aliq. test. prohib.* Sed huc non pertinet, nam etsi criminosum non sit, postremum alicujus judicium blando sermone provocare; illicito tamen modo illud facere non licet; illicitus autem modus, si dispositio alicujus extrema ad interrogationem ita eliciatur, ut substantialia testamenti, quod ad interrogationem fit, deficiant. Dissent. cum plurimis *Fach. 5. Cont. 69.*

VI.

Institutio incertæ personæ non valet.

Ratio hujus propositionis redditur ab *Ulpian. in fragm. tit. qui hæred. instit. poss.* quia certum debet esse consilium testatoris. Cum enim nihil æquè in testamentis requiratur, ac mentis integritas *l. 2. ff. qui testam. fac. poss.* dementis autem testamentum non valeat, & species amentiæ videatur, bona magno labore quæsita, incertæ personæ relinquere, consequitur incertam personam institui non posse. Quin & eos ferè instituere solemus quorum merita affectionem nostram provocarût, *l. nec adjecit. 9.*

ff.

ff. pro soc. quæ utique in incerta persona, nisi stultè valdè (ut in casu dissimili loquitur *Cels. in l. 27. ff. qui test. fac poss.*) dici nequeunt. Hinc etiam constitutum est, neque fideicommissa incertæ personæ relinqui posse, *§. incertis verò personis Instit. de legat.* I. Opponitur *§. fin. Instit. de hæred. institut.* ubi dicitur; hi quos nunquam testator vidit, hæredes institui possunt. Ergò etiam incerta persona institui potest. R. Discrimen statuendum esse inter personam incertam, & nobis ignotam. Incertà dicitur, quam incerta opinione animo suo testator subjicit. *d. §. incertis verò personis Instit. de legat.* Ignota, quæ quidem certa extat, sed de facie nobis visa non est, & hanc instituere permissum est, veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, hæredes instituerit; erga hos enim latens ac tacitus instinctus propter sanguinis copulam esse potest, ob quem & ipsos instituere licere receptum est. 2. Opponitur *l. 8. in pr. ff. de statulib.* ubi servus manumissus est hoc modo: si decem dederit, liber esto: nec adjecerit testator, cui servus debeat decem dare, & tamen si servus hæredi decē dederit, libertatem consequitur. ℞. Institutionem incertæ personæ iis in ll. non proponi, sed tantum incertam conditionis implendæ caussam adjici, quam & incertæ personæ fieri posse docet *Borch. ad d. §. incertis verò personis.*

VII.

An regula Catoniana ad institutiones quoq; pertineat?

Ejus summa hæc est: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandoque decesserit, non valere. *l. 1. ff. de Reg. Caton.* Respondet *Cujac. 4. obs. 4.* sicut ad legata conditionalia non pertinet, ita non pertinet ad conditionales institutiones. *l. placet. ff. de Reg. Caton.* quod scilicet in conditionalibus institutionibus solùm existentis conditionis tempus spectetur *l. liber. §. si hæres. ff. de hæred. Instit.* consequens est, tàm ad institutiones puras, quàm ad legata pura eam *Catonis* sẽtentiam pertinere, idq; apertè definitur in *l. pen. ff de R. J.* Verùm contrarium apertè statuit *Papinianus* in *l. 3. ff. de R. Caton.* qua motus cum *Hottom. 2. obs. 3.* contra *Cujac.* statuo, regulam prædictã non pertinere ad institutiones; concepta enim est de legatis,

non de institutionibus, cùm tamen & eam de institutionibus *Cato* concipere potuisset, si id voluisset: sed illum id non voluisse, argumento est certissimo *d.l.3.* quæ claris verbis statuit, regulam eam ad hæreditates nō pertinere. Nec quicquam huic legi, quod *Cujac.* regerat, habet, præter emendationem nescio quam, *de qua videndus d.loco Hottomannus*, & eam attigisse pro refutatione sufficiet. Quocirca ad argumenta *Cujacii* respondeo, & quidem primò ad *l.placet. 4. ff.de Reg.Caton* in qua statuitur, regulam non pertinere ad conditionales institutiones. Ergò (*inquit Cujac. arguendo ex contrario*) ad puras institutiones pertinebit. R. Argumentationem à contrario non procedere, quatenus ei ratio vel leges adversantur, quod in proposito liquet *ex d.l.3.* 2. Non adversatur *l.pen.ff de R.J.* Siquidem, *ut rectè Hottom.respondit*, nullum dubium est, quin in institutione requiratur, ut ab initio subsistat, idem in contractibus quoque desiderari: cum tamen nemo statuat, regulam Catonianam ad contractus pertinere. Et hæc ex verbis regulæ procedunt: Ad æquitatem & rationem regulæ si respexerimus, ea non injuria ad institutiones porrigetur.

VIII.

Substitutionis origo juri gentium rectè adscribitur.

Quod dixi in *disp.7.thes.3.* idem hîc repeto, quod sc. res ipsa ortum habet à jure gentium: sed nomina formæque substituendi à jure civili adinventæ sunt, quod inprimis probatur ex *Diogene Laert.* bonæfidei scriptore, qui *in vita Aristotelis* refert ejus testamentum, in quo puella, si prius moreretur, quàm nuptui esset collocata, vel deinceps sine liberis, *Nicanorem* quendam substituit, quo quid expressius? Verùm hoc in pupillari & exemplari non procedere existimant; harum namque substitutionum formæ origine & forma juris civilis sunt. *D.auth.ad definit. Subst. n.4* Olim enim ante *prudentum* consuetudinem nulla fuit pupillaris. *l.2.ff de vulg.subst.* ante *Justinianum* nulla exemplaris. *l. antepenult.ff.eod.* nisi quatenus speciali rescripto id jus alicui Princeps concessisset. *l.ex facto, ff.h.tit.* Sed huic restrictioni obstat, quod omnes gentes hæredes instituere potuerint, *ut dictum disp.7.thes.3.* Cur non igitur substituere? cum substitutio nihil aliud sit, quàm se-

secundo vel ulteriori gradu hæredis institutio *l.1.in pr.ff. de vulg. & pupill subst.* quod facilius quis concesserit in persona liberorum si animadvertit apud alias gentes extraneas substituere licuisse, *ut ex Laertio jam probatum est.* Nec moveor *d.l.2.* ubi *moribus* receptum dicitur, ut liberis impuberibus substituatur. *Si moribus* Ergò jure civili *arg.l.8.ff.de his.qui sunt sui vel alien jur.* Duplex siquidem responsio adferri potest.1 non sequi: Moribus introductũ est. Ergò juris civilis est, quia mores in jure nostro non tantum accipiuntur pro lege civili, ut in *d.l.8.* Sed sæpius & quidem frequentius pro jure gentium, ut in *l.sororis.29.§.siquis (inquit JCtus) ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incæstum dicitur committere.ff.de ritu nupt* apparet. Sic mores pro jure gentium accipiuntur in *l.19.in pr.ff.de capt.& postl.revers.* Sic itaque in proposito quid obest, quo minus & moribus introductum, hoc est jure gentium receptum esse dicamus. Vel si cui minus illud placet non absurdè statuet, ratione formæ moribus introductum dici, quasi diceret JCtus, moribus Romanorum in persona liberorum formam aliam aliis gentibus inusitatam receptã esse, quod ex toto istius legis contextu non indifficile est cognoscere.

IX.

Substitutio nulla est obliqua seu fideicommissaria.

Species substitutionum *Dd.nostri* ex formulis diversas & ferè infinitas constituerunt, Nos cum *Duar.2.disp.7.* omnem substitutionem revocabimus ad paganicam vel militarem. Paganicam subdividendam censemus in vulgarem & pupillarem: pupillarẽ rursum in verã vel quasi: qua divisione nihil verius cum *Wesemb. in π.n.9.ff.de vulgar.subst.* censemus. Quod verò plurimi ex nostris substitutionẽ in directam & fideicommissariã seu obliquam dividunt, non rectè faciunt, quia fideicõmissa in iure à substitutionibus tanquam diversa distinguũtur. Undè tituli de substitutionibus nõ distinguũtur modo; sed longo intervallo à materia fideicõmissorum separantur, quod ipsum confirmat *l.tutores.40.§. hæres.ff. de administr tut.* ubi dicitur hæredem, qui impuberi restituere debuit hæreditatem, non habere substitutum. Sic *l.recusare 6.§.Titius.ff.ad SCtm.Trebell.* distinguit inter substitutionẽ & fideicommissum. Quod ipsum evidenter ostendit *l.1.ff.de vulg.subst.* ex

qua sic colligitur: substitutio est secundo aut ulteriori gradu hæredis institutio; sed fideicommissum propriè non est secundi aut ulterioris gradus hæredis institutio. Et fideicommissarius propriè non est, qui secundo aut ulteriori gradu hæres instituitur §. *restituta. 3. Inst. de fideicom. hered.* Nec argumenta suprà dicta tollit responsio Doctorum, dum statuunt, substitutionem genus esse ad fideicommissum; Cui rei argumento ponunt, quod multis in locis fideicommissarius hæres appellatur, in *l. post aditam. C. de impub. subst. l. generaliter. C. de instit. & subst. l. cum proponas. 16. C. de pact. l. cum avus. ff. de condit. & demonstr. l. 30. C. de fideicom.* Sed differre à directa, ut species disparata. Nihil *(inquam)* responsio illa tollit, sed manifestò contra præcitatos textus fideicommissum substitutionem statuit. Quare nos pro nostra sententia respondemus ad oppositas leges, considerari verbum substitutionis, quoad sui significatum & derivationem, quo casu nihil aliud est, quàm sub aliquo præcedenti aliquod statuere & ordinare, & tunc fideicommissum substitutio appellari potest. Nam est quoddam statutum & ordinatio testatoris facta sub præcedente institutione, vel præcedenti voluntate, quando fit ab intestato: Habent enim venientes ab intestato tacitam voluntatem defuncti. *l. conficiuntur. ff. de Jur. codicill.* facit §. *sed si gregis. Inst. de rer. divis.* ibi: in vinearum demortuarum vel arborum locum alias substituere. & *l. vel utilium* cum *seq. ff. de Usufr.* similiter judex dicitur judici substitui *l. pen. ff. judic. solv.* At capimus hæc verba, prout capiuntur à JCto in *l. 1. ff de vulg. subst.* restringendo ea ad hæreredum institutiones, quo casu fideicommissum non potest dici substitutio, ut pulchrè declarat *Bellon. 9. supput. 19.*

X.

Filio repudiante hæreditatem substitutus, non pater admittendus est.

1. Substitutio est sub conditione, *si primus hæres erit*; proinde deficiente hac conditione, substitutus excluditur, existente admittitur, ut est vis conditionis, cùm in omnibus aliis causis, tùm in hæredum institutionibus & substitutionibus. *l. 1. & 2. C. de Inst. & subst.* At in casu nostro existit conditio, quia scriptus hęres, hoc est, filius non adivit hæreditatem. Ergò meritò substituto locum

da-

damus. *l. 3. C. de impub. & aliis subst.* nisi quis hic cum *Duar. in tract. de substit. C. de effect. substit.* illa verba substitutionis vulgaris in hærede, qui alieno juri subjectus non est, *Si hæres non erit*: ita interpretetur, si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem fecerit, juxta *l. si paterf. ff. de hered. inst.* hoc inquam, non obstat, quo minus sententia nostra procedat. Nam neutrum horum in casu nostro accidit: De primo dubium non est, aliàs enim quæstioni nostræ locus non esset. De secundo itidem dubium erit, si consideraverimus hæreditatem nunquam adquisitam à filio patri adjici non posse, ut nec jus adeundi, quod repudiando & à se repellendo amisit. *l. nemo plus ff. de R. I* Nec ad rem pertinet, quod pater recusante filio hæreditatem adire possit. *l. ult. C. de bon. qua lib.* nam hoc tùm demum verum esse dignoscitur, cum filio substitutus datus non est, hoc enim pater consequitur per occasionem quidem repudiationis filii: attamen beneficio legis, quæ repudiante filio patrem admittit: non autem per filium, qui, *ut dictum*, repudiando jus adeundi amisit. Hæc autem in casu nostro dici non potest, cum voluntas ac dispositio testatoris observari debet, & contrariæ legis dispositioni præferenda *l. fin. C. de pact. convent.* Vide *Fach. 4. illust. controv. 73.* ubi dissentientes allegat.

XI.

Testator alienum servum, quem patremfamilias arbitrabatur, hæredem instituit, eiq; Mævium substituit, quæritur an substitutus in dimidiam partẽ hæreditatis admittatur?

Et quidem pro affirmativa neoterici omnes faciunt, rejecta sententia *Accursii*, qui alterum semissem tantum inter substitutum & institutum dividendum putabat; alterum verò in instituto ut præcipuum reservavit, quæ sententia familiam ducere videtur, propter *l. si paterfamilias. ff. de hæred. instit.* in qua sententia *Accursii* verbis disertis stabilitur, quo dum animadvertant ii, qui contrarium statuunt, ad varia confugerunt: Multi verba ei textui infarcire conantur, prętendentes nescio quæ exemplaria, in quibus ita legi adstruunt: Sed cum ea ab illis nondũ prolata sunt, meritò de eorum fide dubitamus. Alii ad legis corre-

ctionem confugiunt, & existimant errorem ex notarum scriptione veteribus usitata obortum esse, ut cum *apud Julianum* esset scriptum As, *Tribonianus* putaverit notam esse, & pro, *Alter semis*, cum tamen non esset nota, sed vox integra; ideoque simpliciter legere debuisset: *ita ut as inter eum.* Sed hac interpretandi licentia (ut *Wesenb. ad §. final. Instit. de vulg. subst.* ait) admissa quidlibet ex quolibet effingi potest. Convenientibus itaque & ll & rationi erit dicere, substitutum admitti non in semissem, sed in semissis partem, ideò scilicet, quia nec contradicente substituto hæres potest esse servus propter errorem testatoris; qui ingenuum hæredem habere voluit, nec substitutus hæres esse potest, nisi servi institutio valeat & rata sit. Nam ubi non valet institutio, ibi nec subsistere potest substitutio *l. ex pupillari 44. ff. de vulg. subst.* ut igitur utrique consulatur, & domino servi & substituto, putatum est æquius inter utrumque, eo, quo diximus modo, hæreditatem, dividi, quàm contra testatoris sententiam, institutione & substitutione annihilata, everti ejus voluntatem, qui testatus non etiam intestatus decedere voluerit. Nec adversatur *l. 41. ff. de hæred. instit.* quæ æqualem hæreditatis divisionem urgere videtur, siquidem & illa juxta divisionem in *d l. si paterfamil 40 eod.* non inconcinnè accipi potest. Nec porro adversatur. *§. final. Instit. de vulg subst.* ex quo sic arguunt: quoties partis nomen simpliciter exprimitur, toties dimidia intelligitur, *l. 9. § hæredes ff. de hæred. institut.* Sed in *d l. final.* simpliciter fit partis mentio. Ergò R. Majorem non simpliciter veram esse, per *d. l. si paterfamilias. 40. ff. de heredib. instit.* Non denique adversatur *l cum proponas. C. de hæred. instit.* Nam de milite non pagano loquitur. *Vigliu ad d. §. final. Instit. de vulg. subst.*

XII.

Substitutio pupillaris puberi verbis directis facta, ne quidem in vim fideicommissi valet.

Cum moribus introductum sit, ut pater filio impuberi ideò possit testamentum facere, quod ipse in ætate impuberi testari nequit *l. 2. ff. de vulgar. & pupillar. substitut.* certè non debet patris te-

testamentum admitti, quod faceret filio puberi eo casu, quo ipse sibi testari, & hæredem facere possit: Nec est, quod eam ad fideicommissum flecti posse quis dixerit, quia verba directa minimè obliquari possunt Et si ultra verbis civilibus substitutio post 14. annum fit. *l verbis.ff.de vulgar. & pupill. substit.* imò in casu nostro, si fideicommissum admiserimus, contra voluntatem testatoris illud facimus. Nam licet potuerit testator substituere verbis fideicommissi, tamen quia præter directam substitutionem quasi fideicommissum valere noluit, non videtur fideicommissum fecisse, & si admittimus, contra voluntatem ejus admittimus, & ut maximè sit ejus voluntatis, tamen non oportet privati hominis voluntatem plus valere quàm leges. *l. nemo potest. ff. de legat.1.* Sed leges hic expressè volunt, ut si testator institutum per fideicommissum obligare velit, id faciat verbis precariis & expressis, aliàs directum ad fideicommissum non inflecti. §.*fin.ibi Vigl.Inst. de pupill.subst.* Adde, quod ut talis directa substitutio post pubertatem filio moriente ad fideicommissum trahatur, specialiter militibus concessum sit. *l centurio.ff.de vulgar. & pupillar.substitut.l. puberibus.C.de impuber. & alior. substitut.* Ergò hoc Paganis ademptum censeri debet. Opponitur *l. Scævola ff. ad SCtm Trebell.* ubi substitutio directò in codicillis facta vim fideicommissi obtinet. Cui legi respondet *Cujac.11.observ.25.* Opponit & aliud argumentum *Donel.6.com.25.* quoties in verbis directis & alioqui jure inutilibus apparet, testatorem voluisse hæreditatem suam, aut rem aliquam ad aliquem pertinere, toties ex voluntate testatoris fideicommissum admittitur. *l.cum proponebatur.64.ff. de legat.2.l.17.in pr.ff.ad SCtm.Trebell.l ult.C.de hæredib.instituend.* Verùm isti satisfactum à *Fachin.4.illustr.contr.45.* Movetur & *Zas.in tract.de subst.c.5.per c si pater.de testam.in 6.* Ubi dicitur, interdum directum & fideicommissum ex causa trahitur. R. & illud verum esse, sed non sequitur. Ergò in casu nostro. Nam ut rectè *gloss. ad d.c. si pater.* explicat, illud verum est juxta *d.l. Scævola d.l.centurio. & d.l.puberib.* Objiciunt & alii *c.Raynutius.ext.de testam.* quo c. motus *d.loco Cujac.* putat hac in re jus pontificium à civili discrepare, adeoque erroris Pontifices insimulat, quem evertere tentat *d.loco Fachin.*

XIII. Ex-

XIII.

Exhæredato etiam pupillariter substitui posse rationis est.

§. non solum. Instit. de pupillar. subst. l. 1. & 2. l. sed si plures. § ad substitutos. ff. eod. cum enim propter patriam potestatem, non quia hæredes scribuntur, in pupillis hæc substituendi forma comparata est, ad substitutos pupillares etiam ea pertinet, quæ pupillo exhærede dato, ex legatis, donationibus, vel hæreditatibus propinquorum obvenerint, nec non quæ postea illis accesserint. Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberum *d. l. sed si plures. § ad substitutos.* Sed obstat substitutio præsupponit institutionem. At exheredatio institutioni opponitur, è diametro. Si igitur filius institutus non est, quomodo ei substituetur. Ergò. R. hoc casu substitutionem exhæredato filio factam considerari respectu institutionis priorum tabularum. Sunt enim quasi duo testamenta, unum patris, alterum filii: & siquidem in patris testamento hæres extraneus institutus sit, filius autem exhæredatus, rectè filio exhæredato in posterioribus tabulis fit substitutio, quæ sustinetur ab institutione priorum tabularum. Obstat insuper; ab eo, cui nihil dedim⁹, nihil legari aut relinqui potest *l. 6. ff. de legat. 3. l. ab eo. C. de fideicom.* quanto minus licere debet ab exhærédato, cui etiam hæreditatem, quæ ipsius futura est, adimimus? *l. in suis. ff. de lib. & posth.* Et verò multò minus ab eo licet, usque adeò ut nec liceat ab exhæredati substituto, tametsi huic substituto ex substitutione pupilli hæreditatem dedimus *l. cum quidam. C. de legat.* R. aliud est ab exhæredato legare, aut quid relinquere, aliud ei hæredem substituere, qui legat, ab aliquo ei detrahit, quod alteri adjiciatur: *l. legatum. in pr. ff. de legat. 1.* qui substituit impuberi exheredato, ei adjicit, dat enim ei hæredem, quæ ut re dissimilia sunt, ita utilitate & effectu apertè distinguuntur, ut probat *Donell. 6. comm. 25.*

XIV.

Mater filiis pupillariter substituere nequit.

Cujus rei ratio hæc est. Quod pupillaris substitutio iis tantum

tum

tum fiat, quos in potestate nostra habemus, *in pr. Instit. de pupill. subst. l. 2 in pr. ff. eod.* At mater filios in potestate non habet. *§. fœmin. Inst. de adopt.* sequitur ergò eam filiis substituere non posse. Ille enim præcipuus est patriæ potestatis effectus, ut pater filio testamentum faciat in ea ætate, quæ sibi ipsi testamentum facere nequit. Quare *autem mater liberos non habeat in potestate*, video duplicem adferri rationem; prima est, quia jus Romanum ipsas fœminas in perpetua tutela esse voluit: altera & quidem verior; quia liberi non matris, sed patris familiam sequuntur. *l. 195. §. familia ff. de V. S.* Cæterum thesi adversatur *l. si mater. 33. ff de vulg. subst.* ubi dicitur; quod si mater filium instituat, cum erit annorum 14. eique alium substituat in pupillaribus tabulis, quod valeat substitutio. R. Substitutionem ibi in casum primum, *si hæres non erit*, non in casum secundum, *si intra annos pubertatis decesserit*, concessum esse: Atque ita substitutio illa vulgaris est, quæ à quovis testatore fieri potest, non pupillaris. Nec obstat, quod JCtus ibi meminit tabularum pupillarium, quia in pupillaribus tabulis potest cõtineri etiam substitutio vulgaris, & nihilominus dicuntur pupillares, quia fiunt in casum mortis impuberis filii, antequam pubes fiat.

XV.

Substitutio in unum casum facta, ad alterum extenditur.

Substitutio vulgaris comprehendit pupillarem. *l. jam hoc jure. ff. de vulg. subst.* E. magis vulgaris ipsa substitutio in unum casum facta extendi debet ad alium, qui sub eadem continetur. Deinde paria esse videntur, nolle vel non posse, *arg. l. 1. § usus ff. de procurat.* Ergò cum substitutus in hunc casum, *si hæres esse voluerit*, datus est, meritò & in alterum casum, *si hæres esse non potuerit*, datus intelligitur. Denique eadem hîc ratio esse videtur in casu omisso, quæ in expresso. Nam vulgaris substitutio, *si hæres esse voluerit*, eam ob causam facta intelligitur, ut defunctus hæredem habeat, si is, qui in primo institutus est, voluerit hæres esse. Testatoris enim defuncti interest hæredem habere. *§ 1. Instit. quibus ex caus. man. non lic.* Hæc ratio locum etiam habet in eo casu, qui testatore est omissus, *nempè cum hæres esse non potest.* Opponitur *l. si*

quis ita.21.ff.de vulg.subst. R. unum casum alterum complecti, nisi testatoris voluntas repugnet tacitè vel expressè. *l. jam hoc jure. ff. eod.* Sed in *d l.si quis ita 21.* videtur repugnare, & apparet tacita voluntas in contrarium, quia testatòr se restringens ad tempus, videtur post tempus prohibere. *l. statu liberum. §. Stichum. ff. de legat. 2.* Et hoc est, quod in *d.l. si quis ita. 21.* dicitur. Non enim in hunc casum substitutus videtur. *Bart. ad d.l. 21.*

XVI.

Ut substitutio pupillaris valeat, requiritur tempore substitutionis & mortis in potestate patris fuisse impuberem.

l. Cohæredi. §. cum filiâ. ff. h. t. Dicitur enim, parentes testamentum facere posse, seu substituere in secundum casum posse liberis impuberibus, quos in potestate habent: quos habent (*inquam*) verbis in tempus præsens substitutionis collatis, non autem quos habebunt. Sic sunt verba juris in *l. 2. ff. de vulg. substit. Instit. de pupill. subst. in pr.* Et certè si quo tempore exigitur, ut sit potestas instituendi hæredem substituendive, exigitur quidem eo tempore, quo testator moritur, ut effectum habeat institutio: Sed exigitur præcipuè tempore testamenti facti, ut institutio constiterit ab initio. *l. si alienum. §. 1. de hæred. instituend. §. in extraneis. Inst. de hæred. inst.* Dissentiunt vulgò Interpp. per *l. morib. 2. §. si extraneum. ff. de vulgar. subst.* R. cum *Forcat. 31. dialog. n. 4.* illa verba legis: *si modo arrogaverit vel adoptaverit*: non de futuro loqui, sed verius de tempore ante substitutionem, atq; si dicat, si modò antequam substitueret, adoptaverit vel arrogaverit. Vide *Vigl. ad pr. Inst. de pupill. subst. n. 8.* Non obstat *l si cognatis. ff. de reb. dub.* ubi cognatis relictum, illis etiam præstandum venit, qui post testamentum cognati esse cœperint arrogatione vel aliter. Nam separata hæc sunt, ideoque malè ab iis infertur. *l. Papinian. ff. de minor.* Non enim cognatio ad legata est necessaria, ut est patria potestas ad pupillarem, ut eleganter *d. loc.* pluribus ostendit *Forcat. n. 5.* quem omninò pro hujus quæstionis explicatione vide.

XVII. *Exi-*

XVII.

Existentia sui hæredis confirmat tabulas pupillares.

Est quidem illud tritum satis, non aditâ hæreditate evanescere substitutionem pupillarem. *l. 2. §. quisquis. l. sed si plures. §. si ex asse. ff. de vulg subst.* sed hoc exaudiendum in iis personis, in quibus locum habet aditio, atque ita in extraneo solum. §. *item si extran. Inst de hær. qual. & diff.* Cum enim suus ipso jure statim existat hæres, & quidem multò certius, quàm si quis extraneus hæres institutus adiisset hæreditatem. §. *sui. Inst. de hær. quæ ab intest. def.* consequitur, quemadmodum per aditionem extraneorum confirmantur tabulæ pupillares, & ita per existentiam suorum. *l. si is qui ff. pro empt.* Confirmatur hæc sententia *per l. 28. ff. de reb. auth. jud. poss.* ubi quamvis pupillus hæred. patris abstinuisse proponeretur, nihilominus tamen eo intra pubertatem mortuo, substitutus admittitur, & creditoribus paternis tenetur, quod frustra sanè adderetur, & quæreretur, si non in tali casu ex substitutione admitteretur substitutus. Et expressè juvatur ex *l. filius. 41. & seq. ff. de adq. hær.* Objicit *Vigl.* si filius hæres manet post abstensionem, jam nunquam filio vulgariter, h. e. in primum casum substitui poterit, quia vulgaris substitutio tùm demum locum habet, si institutus hæreditatem non adierit: At filius hæres existit & licet abstineat, ipso tamen jure hæres manet. K. *Vult. ad pr. Inst. de pupil. subst. n. 10.* Opponitur etiam *l. apud Julia. 11. §. item Julianus ff. ad SCtm Trebell.* qua lege præcipuè movetur *Ant. Fab. 2. conj. 2.* de qua in disputatione.

EXERCITATIO NONA.

RESPONDENTE

PETRO RICKERO GORLICENSI Lusat.

Thesis I.

Legatum est donatio quædam, à defuncto relicta, ab hærede præstanda.

Hæc est definitio Imp. *in §. 1. Inst. h. t.* ex qua posteriora verba; Ab Hærede Præstanda: exterminanda censet *Duar. in pr. de leg. 1. VValth. 1. miscel. 7. Hotoman. VVesenb. Borch. ad d. §. 1.* Contra quos stant sequentia. 1. Probatissimorum Codicum fides & lectio. 2. quòd JCtus in *l. 116. ff. de leg. 1.* inter cætera dicat: *legatum esse, quod de hæreditate delibatur, ut præstetur.* Non potest verò præstari quidquam de hæreditate, nisi ab eo, qui eam habet; is autem est hæres, quod ipsum verba, A Defuncto Relicta, innuunt; Unde & adita post mortem testatoris hæreditate demum legata debentur. *VVesenb. in π. ff quando dies leg.* 3. Hodie legatorum omnium una est natura & conditio. § *sed olim. Instit. h. t. l. 1. commun. de legat.* Ergò. Si ut olim legatum damnationis ab hærede præstatur: Ita & hodiè legatum vindicationis & reliqua. Nec ab hac sententia dissidet *Modestin. in l. legatum. 36. ff. de legat. 2.* Si modo *Modestino* propositum intelligamus, definire velle, quid legatum sit, *Justiniano* simul à quo præstetur. Quod quidem posterius, *monente Donell. 8. comment. 1.* tradendum etiam de legato, ut cætera ad jus relicti pertinentia, sed traditur postea in præceptis, quæ sunt de legato rectè relinquendo. Atq; ita etiam *Theophilus* excusari potest, qui & horum

ver-

verborum immemor, eam quam recitavimus *Modestini* definitionem amplexus est. Non insuper adversatur illud, quod dici solet: legatum recta via in legatarium transire. *l. à Titio. 64. ff. de furt.* cum illud de dominio, quod juris est, non etiam possessione, quę facti est, intelligi debeat. Possessionis autem & dominii longè hîc diversa ratio est. *Ant. Fab. 6. conject. 1.* Moventur & eo quidam, quod non semper legatum ab hærede præstetur, sed nonnunquam ab ipso testatore. *l. Lucius. 22. ff. de legat. 2.* Respondet *d. l. Donell.* multum interesse, dicaturnè legatum esse donatio, quæ præstetur ab hærede; An verò quæ ita relinquitur, ut sit ab hærede præstanda; quo facto nihil refert, si ab ipso testatore præstitum fuerit, nec inde legati natura immutatur. Quinimò si ex eo arguamus pari modo, & illa verba A DEFUNCTO, ex definitione rejiciemus, cum adhuc in vivis sit is, qui legatum reliquerit & præstiterit.

Finaliter confirmant sententiam suam contra sentientes ex eo, quod etiam legata ab alio, quàm ab hærede præstentur. Nam legata hodiè ex constitutione *Justiniani* fideicommissis sunt exæquata *l. 2. C. commun. de legat.* At fideicommissa præstantur non solùm ab hærede hæredis vel legatarii, item à patre vel domino hæredis; imò & à legatario & fideicommissario præstantur. *l. 50. in fin. cum l. seq. ff. de leg. 3. Inst. de reb. sin. per fideicom. relict. in pr.* Respondent quidam & inter eos *Cujac. & Wesenb.* id ex veteri jure dissolvendum esse, quo à solo hærede relinqui tantum potuit. *§. 1. Inst. de reb. sing.* Sed illis contrariatur illud, quod verius sit, *Justinianum* ad sui temporis jus, & quid tum frequentatum, & in usu floruisse, respexisse, quorum, *ut antea oppositum*, jam utebatur. Quare, ut & illud jus includatur, & nostra definitio sarta tectaque maneat, dico, appellatione hæredis quemlibet successorem tàm particularem quàm universalem comprehendi, *arg. l. 291. de V. S. Gœdd. ad l. verbis. 120. n. 2. de V. S.*

II.

Olim quatuor genera legatorum fuerunt, quæ ex Justiniani *constitutione confusa sunt.*

Ant. Fab. 6. conject. 5. existimat, duo tantùm fuisse legato-

rum genera; legatum nempe vendicationis, & legatum damnationis. Cætera quæ sinendi & præceptionis modo fiebant, priorum fuisse species & differentias potius, quàm distincta & separata genera. Quæ sententia penitius rem introspicienti ex seqq. vera apparebit. Sed *Justin.* quatuor fuisse genera dicit in §. *sed olim Instit. h. t.* & certè quatuor olim genera fuerunt, sed ita, ut ex iis priora duorum seqq. genera sint, & hæc sub illis comprehendantur. Legatum vendicationis est, cum testator sic legat: Illum servum tibi sume, habe, vendica. Quibus iisdem verbis præceptionis legatum expediebatur, in eo tamen ab illo discrepabat: Præceptionis legatum nō nisi uni hæredum relinqui posse, quod ipsum & verbum præceptionis indicat, cum præcipere is tantum dici possit, qui antea aliquid, ex quo præcipiat, habeat: Cū vendicationis legatum cuivis etiam relinqui possit. Damnationis legatū verbis expediebatur: Hæres meus illi dato, aut illi ab hærede meo dari jubeo, quod in pluribus à vendicationis legato discrepabat. Vendicatione res aliena legari non poterat. Item res quæ in rerum natura adhuc non esset, ut partus ancillæ & fructus nascituri, cum aliud in legato damnationis esset. *l. cum rem alienam. C. de leg.* Sed & pro legato vendicationis, vendicatio vel in rem missio competebat: cum pro legato damnationis actio in personam concederetur. Sic à legato vindicationis legatum sinendi nihil differt. Ut: Hæres meus rem illam Titio permittat sumere; eo enim in legato, sicut in legato vendicationis, hæres rem tradere non tenetur, sed vindicationem legatario non poterit prohibere. Sed has differentias *Imp.* sustulit *l. 1. C. com. de legat. Duar. lib. 2. disp. 4. Donell. 8. com. Gœd. ad l. 18. de V. S.*

III.

Res aliena legari potest.

§. non solum Inst. h. t. l. cum alienam. 10. C. de legat. l. apud Julian. §. ult. ff. de lega. 1. Opp. *l. uxor patrui 20. C. de legat.* ex qua communiter colligunt, legatum rei alienæ non valere. R. istam loqui de tali casu, ubi testator jus in re, quod morte finiatur, habuerit, unde qui tale jus, quale usufructuarius (de eo enim lex loquitur) in re aliena habet, legat, nihil legat. *l. quod in 24. §. 1. ff. de legat. 1.* Nostrū verò thema loquitur de re planè aliena, quæ legari potest. Nec ad-

adversatur *l. verbis legis 120. ff. de V. S.* ex qua sic arguunt: Efficiens causa legatorum est lex 12. tab. Jam verò lege 12. Tab cautum est, ut tantùm quis res suas leget. *d. l. verbis. 120.* in verb. *uti legaßit sua rei.* Ergò falsum est, quod legatum rei alienæ valeat. Verùm quàvis testator in re aliena legatum determinet, nō tamen rem alienam ipso effectu legare dicitur, sed propriam, siquidem hęres ex bonis testatoris eam rem vel comparare & solvere, vel si dominus nolit eam vendere, vel quidem vendere, sed cariori precio, quam valeret, æstimationem ejus præstare tenetur. § *non solum 4. Inst. h. t. l. non dubium. 14. in fin. ff de leg. 3.* Et sic licet res aliena designetur, tamen non nisi ex ipsius testatoris bonis solvitur. Cæterum *thesi* valde adversatur *l. invitum. 11. C. de contrah. Emt.* ubi dicitur, quod nemo invitus emere cogatur. At hæres invitus rem alienam emere cogitur. E. ℞. Favore ultimarum voluntatem hoc non est novum, ut à communibus juris regulis discedatur, cum & aliàs testatori hæredem in testamento gravare liceat, quem emolumento suæ hæreditatis honoravit. Et ita est hic casus specialis, contra *d. l invitum. C. de contrah. Emt.* quod quis invitus cogitur emere, favore ultimæ voluntatis: propter pręceptum testatoris *secund. Fabrum. h. t. n. 4. & Borcb. n. 5. Vide Schneid. ad § non solum vers. Inst. de legat.* Opponitur etiam *l. nemo plus juris. de R. I.* ubi scribitur; quod nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet: Si autem testator nihil juris in aliena re habet. Ergò eam legare nequit. Sed responderem, non firmam satis esse argumentandi rationem: Nihil juris potest transferre. Ergò non potest legare, quia hæc non sunt contraria, siquidem eo ipso, quod legat, nihil juris transfert, sed conditione tacita subsistente de re aliena disponit, nimirum sub hac: Quicquid juris hæres in re aliena comparare poterit. In eum enim casum testator de re aliena disposuisse præsumitur, sicut & rem alienam in eum casum, quo mea est futura, permittere possum. Nec est, quod quis objiciat, legans rem alienam præsumitur errasse. *l. cum alienam. 10. C. de legat.* In dubio enim error & ignorantia, non scientia præsumitur. *l. verius esse. ff. de probat.* At errantis nulla est voluntas & consensus. *l. nihil consensui. 116. de Reg. Jur. l. non idcirco. 12. C. de Jur. & fact. ignor.* Et cum testatores sint proniores ad legandum res suas, quam ad gravandum hæ-

hæredes, ut res alienas redimant, ut inquit JCtus *in l. unum ex familia. §. si rem ff. de leg. 2.* proinde hoc legatum valere nequit, quia testator nihil transferre voluisse præsumitur, si scivisset alienam. Sciendum autem est, ita demum rei alienæ legatum valere, si testator non erravit. *d. §. non solum. Inst. h. t.* Nam si putaverit esse suam, cum esset aliena, legatum corruet, nisi conjunctæ personæ sit relictum, vel tali, cui defunctus verisimiliter legasset, quamvis scivisset esse alienam *d. l. cum alienam.* Itaque si de hoc oriatur quæstio, probatio incumbit legatario, testatorem non ignorasse rem alienam, cum contra se juris præsumtionem legatarius habeat, tùm quia de lucro captando contendit, sicut hæres contra de damno vitando satagit: tùm etiam quia regulariter ei, qui dicit, non qui negat, probatio incumbit. *l. ei incumbit. 2. l. verius. 21. ff. de probat. l. qui accusare. 4. C. de edendo.* Nec his obstet *l. Paulus respondit. 39. de fideicom. libert.* ibi testator servum alienum putavit esse suum, & fidei hæredis commisit, ut servum manumitteret: Hæres cogitur servum redimere & manumittere. Hoc *inquiam* non obstat; Nam ut JCtus loquitur, causa libertatis non est similis legato aut fideicommissio pecuniario, & favore libertatis multa recepta sunt, quæ aliàs non admittuntur. Denique non obstat *l. hæres præcepto. ad SC. Trebell.* ubi hæres, qui rogatus erat, hæreditatem restituere fundo præcepto, æstimationem fundi retinet, etjamsi fundus testatoris non sit. Sed hoc ideò, quia testator fundum penes hæredem esse voluit omnimodo, h. e. sive ipsius testatoris esset fundus, sive alienus.

IV.

An res hostium legari possit? Affirm.

Per l. id quod apud hostes. 9. ff. de leg. 1. quæ lex in Haloandri editione negativè concepta est. Sed ratio ejus, ut affirmativè legatur, efflagitat: Et pluribus ostendit *Ant. Augustin. 1. emendat. 2.* Confirmat eam *l. servus ab hostibus. 98. ff. eod.* Obstat *l. apud Julianum, 39. § fin. ff. de leg. 1.* ubi res principis non potest legari propter difficultatem præstationis, sed major difficultas est in redimendo res ab hostibus: Ergò earum legatum non valet. R. à separatis malè inferri. *l. Papinianus. ff. de minor.* Nam in re apud hostes existente fictio postliminii, quæ habet spem probabilem, operatur

va-

validitatem legati, quæ fictio non cadit in rem principis, quando à privato alteri legatur. Unde omnino mihi probabilis communis Dd. distinctio videtur: *Utrum res apud hostes existens aliquando nostra fuit, nec ne*: ut in illo casu quæstio nostra locum habeat, hoc tùm demum, si emi commodè possit *l. ab omnibus, 104. §. etiam ff. de leg. 1.* Ratio prioris est in postliminio: quia fieri potest, ut eam devictis hostibus recuperemus, aut precio redimamus. *d. l. 9.* Ratio posterioris est, quia quarum rerum commercium non est, nec earum legatum valet, ut in sequentibus dicam. *Schneid, ad §. non solum n. 20. Instit. h. t. Iohan. Robert. 1. Sentent. 17.*

V.

Res propria nemini legari potest, usque adeò ut nec legatum, etsi eam vivo testatore alienaverit legatarius, convalescat.

l. cætera 41. §. 1. ff. de leg. 1. l. Mævius. 66. §. fundo. ff de leg. 2. §. sed si item. Instit. h. t. Est enim tempus testamenti conditi introspiciendum. §. *in extraneis. Instit. de hæred. qual. & diff.* At tempore testamenti conditi hoc legatum non valet. Quod enim meum est, amplius meum fieri non potest. Ergò cum ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit. *l. quod initio, 29. de R. I.* Idque etiam significatur regula illa Catoniana: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret: id legatum, quandocunque decesserit, non valere. *l. 1. ff. de Regula Cat.* quod idem legitur de heredis institutione in *l pen. ff. de R. I.* Obstat *l. 1. § ultim. de reg. Cat.* ubi dicitur, legatum fundum deberi, qui scribendi testamenti tempore tuus erat, si eum vivo testatore alienaveris. R. *Cujac. Celsum in d. l. 1. §. ult.* à cæteris JCtis dissentire; cujus dissensionis rationes proponit eum secutus *Borcb. ad §. sed si rem legatarii, h. t.* Nec ab his dissentit *Hotom.* dicendo, qui hos conciliare studet, is nihilominus operam suam positurus est, quàm si quadrare triangulum nitatur: Sed non incommoda solutio haberi potest ex *l. mea res. 98. ff. de cond. & demonstr.* quæ indicat rei meæ legatum valere sub conditione, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Sic dicimus Cels. *d. l. 1. §. ultim.* loqui de le-

legato conditionali, id est, de fundo tuo tibi relicto sub hac cõditione: SI VIVO TESTATORE EUM ALIENAVERIS quod vel maximè dicendum, cum constet ad conditionalia legate regulam Catonianam non pertinere. *l. 3. ff. de reg. Cat.* 2. Opponitur *l. cum servus legatus. §. si Titius. ff. de legat. 1.* ubi emtori rem vendidi, sed nondum tradidi; mea igitur est: postea emtor eam mihi legavit, valet legatum & si postea precio accepto rem emtori tradidero, atque ita eam alienavero, rursus eam recipiam jure legati, sicq; & rem habeo & precium; Rem jure legati; precium jure venditi. R. Emtor qui legat mihi rem emtam nondum traditam, remittit mihi actionem ex emto, sicque statim ab initio legatum valet.

ADDITIO.

Responsio nostra ad *l. 1. §. fin. de Reg. Cat.* rectè posita scripturæ confirmatur: item si tibi legatus est fundus, *inquit Cels.* qui scribendi testamenti tempore tuus est: SI EUM VIVO TESTATORE ALIENAVERIS, &c. ut verba illa conditionem foveant, At conditionalia legata non pertinet regula Catoniana. *l. 3. de Reg. Caton.*

VI.

Cujus rei legatario commercium non est, ei inutiliter res legatur.

Quod pro regula traditum est in *l. cum servus. 38. §. 1. ff de legat. 1.* adeò ut nec ejus æstimatio debeatur. Obstat *l. filius familias. 114. §. si quid alicui. ff. de legat. 1.* ubi legatarius, qui rem habere non potest, tantum accipit æstimationem, quanti ea res soler cõparari. R. cum ex casu extrinsecus superveniente legatario deest rei commercium, consequitur æstimationem. *d. §. si quid alicui.* veluti si peregrino prædia Italica, quæ ei non mancipantur, sint legata. *l. sed si res. 40. ff de leg. 1.* Diversum vero est, si ex legis prohibitione desit, veluti in re usui publico vel religioni destinata. *§. non solum Instit. de legat. l. 39. §. 8. cum seq. de legat. 1.* Adversatur porro vehementer *l. sed si res. 40. ff. de legat. 1.* in qua JCtus putat æstimationem deberi ei, cui jus possidendi non est. Hæc *inquit Donell. ad l. 34. n. 9. de V. O.* omnibus ætatibus plus difficul-

tatis objecit, & ante eum *Cujac in notis priorib. ad Instit.* & hic quidem labor est, loquitur; quod ipsum satis suaque ipsi nimis usitata correctione indicavit, dum posteriorem negationem dispungendam arbitratur, quod magnopere illis, qui se & sua Cujacio consecrarunt, placet. Sed merito reprehensionem *Roberti incurrit; 2. animadvers. 11.* Rectius eam interpretabimur, ut in specie ejus relinquatur fideicommissum alteri à legatario rei, cujus uterque commercium non habet. Exempli gratia. Relinquo tibi peregrino nomine legati prædium Italicum; & à te peto, ut idem restituas *Titio* itidem peregrino, cui jus possidendi non est. Hoc casu debebitur æstimatio. Ut maxime n. uterq; possidere nequit, tamen quia id ex casu extrinsecus contingente contingit. Si enim cives Romani essent, possidere possent; nulla igitur est ratio, quo minus legati æstimatio debeatur. Objicitur insuper *l. fideicommissa 11, §. si servo ff. de legat. 3.* ubi servo militia fuit legata, cujus servus capax non est, & tamen debetur ejus æstimatio. R. militia legata vel etiam tessera frumentaria, æstimatio legata videtur. *l. mortuo bove. §. 1. de legat. 2. l. Titia Seja. eod.* & æstimationis capax servus est. Militia erat officium, ex quo quis commodum & emolumentum aliquod consequi poterat, ut Militia silentiariorum. *l. omnimodò. 30. §. ult. C. de inoff. test.* qui in consistorio vel palatio principis silentium imperabant; Militia distribuentium stipendia militibus: Militia describendi milites. Tesseræ frumentariæ erant calculi sive lapilli, in quibus erat scriptus modus frumenti, qui præbendus erat à præfecto annonæ, & qui tesseram adferebat ad præfectum, in scriptum modum accipiebat ablata tessera. Ratio rationis, cur æstimationis legatæ servus capax est, hæc statuitur: quod tale legatum consistat in quantitate; quantitatis autem servum capacem esse nihil prohibet. Adversatur ult. *l. 49. §. sed Proculus ait. 3. de legat. 2.* Verùm ibi relinquitur quidem ei, qui commercium rei legatæ non habet: sed tamen ea lege, ut alii eam restituat: non videtur a. quis capere, quod statim cogitur restituere. *l. aliud est capere. 71. de V. S. l. eum ei. 42. ff de legat. 2.*

VII.

Quantitas eadem sæpius legata pluries debetur.

videatur, qui sit servitus, cum fundi appellatione alius usufructus contineri non possit, quàm qui cum proprietate cõjunctus est, plenamque proprietatem efficit. Is verò qui servitus est, non alius intelligatur, quàm qui à proprietate sejunctus sit & separatus. *d l. uti frui*, R. Argumentum illud in casu conjuncti usufructus cum proprietate loqui, atque ita nihil ad casum nostrum Nam hic usufructus, qui tempore empti fundi deductus erat, nihil habuit cum fundi dominio sive proprietate cõmune *l. rectè dicimus 25. ff. de V.S.* Sed jus quoddam fuerat in ipsa re, atque ob id tali petitione fundi usus fructus, tanquam juris separati & servitutis instar est, neque in fundi petitione partis respectum habet. *Pergit. Fab.* Nec nudam proprietatem petere poterit, qui eam habet, neque ullo juris loco scriptum reperies: legatam rem ex testamento peti posse, si eam habeat. Sed si ex testamento agat, posse precium consequi. *§. si res aliena. Inst h.t.* Vult itaque *Fab.* non rem, sed pretium peti debere. Contra quẽ stat infallibile istud: Rem non pretiũ in obligatione esse; itaq; si pretium peteret, aliud peteret, quàm q̃ ei deberetur. *l 91. §. fin. ff. de V.O.* unde & *Iustin.* statuit in *d. §. si res aliena. Inst h. t.* in casu, ubi uni in duobus testamentis eadem res legata est, inspici, utrum æstimationẽ vel potius rem consecutus sit, ut illo casu possit adhuc rem cõsequi æstimationem nõ utiq;, quia habet illud, quod ei debetur, & in obligatione erat. Quod autem *in d. § si res aliena.* pretium legatarium consequi dicitur, ita dici omninò necessarium erat, quia rei præstatio sublata est, per accessionem dominii ad legatarium Sed neque *Fab.* nudæ proprietatis pretium admittit. 1. Quia sic contingeret, ut neque rem ipsam peterem, quæ mihi legata est, cum legato fundo pecunia legata non intelligeretur *l. Debitor. 82. de leg.* Dicit *Fab.* jam illud, quod planè antea negaverat, & quomodo id intelligendum, ex supradictis constat. Progreditur neque ipsius rei, quæ legata est, sed alterius rei cujusdam æstimationem consequeretur fundum enim cum dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut ex diametro adversatur: Puto hanc mentem *Fabri* esse, & usufructus & proprietatis nudæ æstimationem præstandam esse. Verùm constat *ex d. § si res aliena.* rei ex caussa lucrativa obvenientis æstimationem præstari non debere. Cum itaque usufructus ex caussa lucrativa legatario

rio obvenerit, nuda verò proprietas ex causa onerosa; illius æstimationem rectè ei adimit *Tribon.* hujus verò optimè concessit. Et hæc breviter pro ratione hujus instituti dicta sufficiant, alias plura.

IX.

An legatum in extranei voluntatem conferri possit?

Nos non quidem absolutè, ut is quasi dator legati sit, statuimus. *l. 52 in fin. de condit. & demonst.* sed ita, si is voluerit arbitrari. *l. 43. §. 2. de leg. 1. l. 3. in pr. de legat. 2.* Addatur *l. 46. §. 1. 2. de fideicom. lib.* Pugnare autem valdè videtur *l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonst. cum l. 1. de legat. 2. & l. senatus. 43. §. legatum. 2. de legat. 1.* Modestinus enim negat legatum in alienam voluntatem expressè conferri posse, tacitè autem, veluti si *Titius* Capitolium adscenderit, posse. *Ulpian.* autem ICtus conferri posse asserit, nec ullum admittit discrimen, an dicatur, si *Titius* voluerit, aut si *Titius* in Capitolium ascenderit. Ad hæc respondet *Cujac. lib. 2. obser. cap. 2. quem omninò vide* Addo, quod de bonis suis ita testatorem disponere oporteat, ut ultima ejus voluntas & sententia non ex alterius nutu pendat, sed ut ipse declaret ex suo ipsius arbitrio & jussu, quid post mortem suam fieri velit. *l. illa inst. 32. de hered. instituend.* Et hinc est, quod testamentũ definiatur VOLUNTATIS NOSTRÆ, nõ alienæ de rebus nostris dispositio *l. 1. qui testam. fac. poss.* Quocircò quando ita legatur: *Cajo* do lego, si *Titius* Capitolium ascẽderit, tale legatum valet, quia tunc testator certus est de sua voluntate, neq; dispositio ejus confertur plenè & omnimodò in *Titii* arbitrium, sed hoc principaliter agitur, ut aliquid faciat *Titius*, quod fortassis interest testatoris ad effectum deduci, & ita non principaliter, sed in consequentiam pendet legatum ex *Titii* voluntate. Vide variè dissentientes invicem *Cujac d. loc. Hotom. 1. respons. amicab. 5. Robert. 2. sent. 10. & 11. Duaren. ad tit. ff. de condit. instit. Connan. lib. 1. comm. c. 6. Donell. ad l. 43. de V. O. n. 6.* Obstat porrò *l. si quis mihi 25. § si coram. ff. de adquir. hered.* ubi dicitur, aditionem hæreditatis valere, quæ fit arbitrio *Lucii Titii.* R. Ibi pater jussit filium coram *Titio* hæreditatem adire, quod perinde habetur, ac si *Titio* sciente & arbitrante adire jussus sit, id est, illius consilio & arbitrio, non voluntate. Non adversatur fi-

EXERCITATIO NONA.

RESPONDENTE

PETRO RICKERO GORLICENSI Lusat.

THESIS I.

LEgatum est donatio quædam, à defuncto relicta, ab hærede præstanda. Hæc est definitio Imp. *in §. 1. Inst. h. t.* ex quâ posteriora verba; AB HÆREDE PRÆSTANDA: exterminanda censet *Duar. in pr. de leg. 1. VValth. 1. miscel. 9. Hotoman. VVesenb. Borch. ad d. §. 1.* Contra quos stant sequentia. 1. Probatissimorum Codicum fides & lectio. 2. quòd JCtus in *l. 116. ff. de leg. 1.* inter cætera dicat: *legatum esse, quod de hæreditate delibatur, ut præstetur.* Non potest verò præstari quidquam de hæreditate, nisi ab eo, qui eam habet; is autem est hæres, quod ipsum verba, A DEFUNCTO RELICTA, innuunt: Unde & adita post mortem testatoris hæreditate demum legata debentur. *VVesenb. in π. ff quando dies leg.* 3. Hodie legatorum omnium una est natura & conditio. *§ sed olim. Instit. h. t. l. 1. commun. de legat.* Ergò. Si ut olim legatum damnationis ab hærede præstatur: Ita & hodiè legatum vindicationis & reliqua. Nec ab hac sententia dissidet *Modestin. in l. legatum. 36. ff de legat. 2.* Si modo *Modestino* propositum intelligamus, definire velle, quid legatum sit, *Justiniano* simul à quo præstetur. Quod quidem posterius, *monente Donell. 8. comment. 1.* tradendum etiam de legato, ut cætera ad jus relicti pertinentia, sed traditur postea in præceptis, quæ sunt de legato rectè relinquendo. Atq; ita etiam *Theophilus* excusari potest, qui & horum

ver-

verborum immemor, eam quam recitavimus *Modestini* definitionem amplexus est. Non insuper adversatur illud, quod dici solet: legatum recta via in legatarium transire. *l. à Titio. 64. ff. de furt.* cum illud de dominio, quod juris est, non etiam possessione, quę facti est, intelligi debeat. Possessionis autem & dominii longè hic diversa ratio est. *Ant. Fab. 6. conject. 1.* Moventur & eo quidam, quod non semper legatum ab hærede præstetur, sed nonnunquam ab ipso testatore. *l. Lucius. 22. ff de legat. 2.* Respondet *d. l. Donell.* multum interesse, dicaturnè legatum esse donatio, quæ præstetur ab hærede; An verò quæ ita relinquitur, ut sit ab hærede præstanda; quo facto nihil refert, si ab ipso testatore præstitum fuerit, nec inde legati natura immutatur. Quinimò si ex eo arguamus pari modo, & illa verba A DEFUNCTO, ex definitione rejiciemus, cum adhuc in vivis sit is, qui legatum reliquerit & præstiterit.

Finaliter confirmant sententiam suam contra sentientes ex eo, quod etiam legata ab alio, quàm ab hærede præstentur. Nam legata hodie ex constitutione *Justiniani* fideicommissis sunt exæquata *l. 2. C. commun. de legat.* At fideicommissa præstantur non solùm ab hærede hæredis vel legatarii, item à patre vel domino hæredis; imò & à legatario & fideicommissario præstantur. *l. 50. in fin. cum l. seq. ff. de leg. 3. Inst. de reb. sin. per fideicom. relict. in pr.* Respondent quidam & inter eos *Cujac. & Wesenb.* id ex veteri jure dissolvendum esse, quo à solo hærede relinqui tantum potuit. *§. 1. Inst. de reb sing.* Sed illis contrariatur illud, quod verius sit, *Justinianum* ad sui temporis jus, & quid tum frequentatum, & in usu floruisse, respexisse, quorum, *ut antea oppositum*, jam utebatur. Quare, ut & illud jus includatur, & nostra definitio sarta tectaque maneat, dico, appellatione hæredis quemlibet successorem tàm particularem quàm universalem comprehendi. *arg. l. 291. de V. S. Gœdd. ad l. verbis. 120. n. 2. de V. S.*

II.

Olim quatuor genera legatorum fuerunt, quæ ex Justiniani *constitutione confusa sunt.*

Ant. Fab. 6. conject. 5. existimat, duo tantùm fuisse legato-

rum genera; legatum nempe vendicationis, & legatum damnationis. Cætera quæ sinendi & præceptionis modo fiebant, priorum fuisse species & differentias potius, quàm distincta & separata genera. Quæ sententia penitius rem introspicienti ex seqq. vera apparebit. Sed *Justin.* quatuor fuisse genera dicit in *§. sed olim Instit. h. t.* & certè quatuor olim genera fuerunt, sed ita, ut ex iis priora duorum seqq. genera sint, & hæc sub illis comprehendantur. Legatum vendicationis est, cum testator sic legat: Illum servum tibi sume, habe, vendica. Quibus iisdem verbis præceptionis legatum expediebatur, in eo tamen ab illo discrepabat: Præceptionis legatum nõ nisi uni hæredum relinqui posse, quod ipsum & verbum præceptionis indicat, cum præcipere is tantum dici possit, qui antea aliquid, ex quo præcipiat, habeat: Cũ vendicationis legatum cuivis etiam relinqui possit. Damnationis legatũ verbis expediebatur: Hæres meus illi dato, aut illi ab hærede meo dari jubeo, quod in pluribus à vendicationis legato discrepabat. Vendicatione res aliena legari non poterat. Item res quæ in rerum natura adhuc non esset, ut partus ancillæ & fructus nasciturі, cum aliud in legato damnationis esset. *l. cum rem alienam. C. de leg.* Sed & pro legato vendicationis, vendicatio vel in rem missio competebat: cum pro legato damnationis actio in personam concederetur. Sic à legato vindicationis legatum sinendi nihil differt. Ut: Hæres meus rem illam Titio permittat sumere; eo enim in legato, sicut in legato vendicationis, hæres rem tradere non tenetur, sed vindicationem legatario non poterit prohibere. Sed has differentias *Imp. sustulit l. 1. C. com. de legat. Duar. lib. 2. disp. 4. Donell. 8. com. Gœd. ad l. 88. de V. S.*

III.

Res aliena legari potest.

§. non solum Inst. h. t. l. cum alienam. 10. C. de legat. l. apud Julian. §. ult. ff. de lega. 1. Opp. *l. uxor patrui 20. C. de legat.* ex qua communiter colligunt, legatum rei alienæ non valere. R. istam loqui de tali casu, ubi testator jus in re, quod morte finiatur, habuerit, unde qui tale jus, quale usufructuarius (de eo enim lex loquitur) in re aliena habet, legat, nihil legat. *l. quod in 24. §. 1. ff. de legat. 1.* Nostrũ verò thema loquitur de re planè aliena, quæ legari potest. Nec

ad-

adversatur *l. verbis legis 120. ff. de V. S.* ex qua sic arguunt: Efficiens causa legatorum est lex 12. tab. Jam verò lege 12. Tab cautum est, ut tantùm quis res suas leget. *d. l. verbis. 120.* in verb. *uti legaßit sua rei.* Ergò falsum est, quod legatum rei alienæ valeat. Verùm quãvis testator in re aliena legatum determinet, nõ tamen rem alienam ipso effectu legare dicitur, sed propriam, siquidem hęres ex bonis testatoris eam rem vel comparare & solvere, vel si dominus nolit eam vendere, vel quidem vendere, sed cariori precio, quam valeret, æstimationem ejus præstare tenetur. § *non solum 4. Inst. h. t. l. non dubium. 14. in fin. ff de leg. 3.* Et sic licet res aliena designetur, tamen non nisi ex ipsius testatoris bonis solvitur. Cæterum *thesi* valde adversatur *l. invitum. 11. C. de contrah. Emt.* ubi dicitur, quod nemo invitus emere cogatur. At hæres invitus rem alienam emere cogitur. E. R. Favore ultimarum voluntatem hoc non est novum, ut à communibus juris regulis discedatur, cum & aliàs testatori hæredem in testamento gravare liceat, quem emolumento suæ hæreditatis honoravit. Et ita est hic casus specialis, contra *d. l invitum. C. de contrah. Emt.* quod quis invitus cogitur emere, favore ultimæ voluntatis: propter pręceptum testatoris *secúnd. Fabrum. h. t. n. 4. & Boreh. n. 5. Vide Schneid. ad* § *non solum reb. Inst. de legat.* Opponitur etiam *l. nemo plus juris. de R. I.* ubi scribitur; quod nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet: Si autem testator nihil juris in aliena re habet. Ergò eam legare nequit. Sed responderem, non firmam satis esse argumentandi rationem: Nihil juris potest transferre. Ergò non potest legare, quia hæc non sunt contraria, siquidem eo ipso, quod legat, nihil juris transfert, sed conditione tacita subsistente de re aliena disponit, nimirum sub hac: Quicquid juris hæres in re aliena comparare poterit. In eum enim casum testator de re aliena disposuisse præsumitur, sicut & rem alienam in eum casum, quo mea est futura, permittere possum. Nec est, quod quis objiciat, legans rem alienam præsumitur errasse. *l. cùm alienam. 10. C. de legat.* In dubio enim error & ignorantia, non scientia præsumitur. *l. verius esse. ff. de probat.* At errantis nulla est voluntas & consensus. *l. nihil consensui. 116. de Reg. Jur. l. non idcirco. 12. C. de Jur. & fact. ignor.* Et cùm testatores sint proniores ad legandum res suas, quam ad gravandum hæ-

hæredes, ut res alienas redimant, ut inquit JCtus *in l. unum ex familia. §. si rem ff. de leg. 2.* proinde hoc legatum valere nequit, quia testator nihil transferre voluisse præsumitur, si scivisset alienam. Sciendum autem est, ita demum rei alienæ legatum valere, si testator non erravit. *d. §. non solum. Inst. h. t.* Nam si putaverit esse suam, cum esset aliena, legatum corruet, nisi conjunctæ personę sit relictum, vel tali, cui defunctus verisimiliter legasset, quamvis scivisset esse alienam *d. l. cum alienam.* Itaque si de hoc oriatur quæstio, probatio incumbit legatario, testatorem non ignorasse rem alienam, cum contra se juris præsumtionem legatarius habeat, tùm quia de lucro captando contendit, sicut hæres contra de damno vitando satagit: tùm etiam quia regulariter ei, qui dicit, non qui negat, probatio incumbit. *l. ei incumbit. 2. l. verum. 21. ff. de probat. l. qui accusare. 4. C. de edendo.* Nec his obstet *l. Paulus respondit. 39. de fideicom. libert.* ibi testator servum alienum putavit esse suum, & fidei hæredis commisit, ut servum manumitteret: Hæres cogitur servum redimere & manumittere. Hoc *inquam* non obstat; Nam ut JCtus loquitur, causa libertatis non est similis legato aut fideicommissio pecuniario, & favore libertatis multa recepta sunt, quæ aliàs non admittuntur. Denique non obstat *l. hæres præcepto. ad SC. Trebell.* ubi hæres, qui rogatus erat, hæreditatem restituere fundo præcepto, æstimationem fundi retinet, etjamsi fundus testatoris non sit. Sed hoc ideò, quia testator fundum penes hæredem esse voluit omnimodo, h. e. sive ipsius testatoris esset fundus, sive alienus.

IV.

An res hostium legari possit? Affirm.

Per l. id quod apud hostes. 9. ff. de leg. 1. quæ lex in Haloandri editione negativè concepta est. Sed ratio ejus, ut affirmativè legatur, efflagitat: Et pluribus ostendit *Ant. Augustin. 1. emendat. 2.* Confirmat eam *l. servus ab hostibus. 98. ff. eod.* Obstat *l. apud Julianum, 39. § fin. ff. de leg. 1.* ubi res principis non potest legari propter difficultatem præstationis, sed major difficultas est in redimendo res ab hostibus: Ergò earum legatum non valet. R. à separatis malè inferri. *l. Papinianus. ff. de minor.* Nam in re apud hostes existente fictio postliminii, quæ habet spem probabilem, operatur va-

validitatem legati, quæ fictio non cadit in rem principis, quando à privato alteri legatur. Unde omnino mihi probabilis communis Dd. distinctio videtur: *Utrum res apud hostes existens aliquando nostra fuit, nec ne*: ut in illo casu quæstio nostra locum habeat, hoc tùm demum, si emi commodè possit *l. ab omnibus 10. §. etiam ff. de leg. 1.* Ratio prioris est in postliminio: quia fieri potest, ut eam devictis hostibus recuperemus, aut precio redimamus. *d. l. 9.* Ratio posterioris est, quia quarum rerum commercium non est, nec earum legatum valet, ut in sequentibus dicam. *Schneid. ad §. non solum n. 20. Instit. h. t. Iohan. Robert. 1. Sentent. 17.*

V.

Res propria nemini legari potest, usque adeò ut nec legatum, etsi eam vivo testatore alienaverit legatarius, convalescat.

l. cætera 41. §. 1. ff. de leg. 1. l. Mævius. 66. §. fundo. ff de leg. 2. §. sed si item. Instit. h. t. Est enim tempus testamenti conditi introspiciendum. *§. in extraneis. Instit de hared. qual. & diff.* At tempore testamenti conditi hoc legatum non valet. Quod enim meum est, amplius meum fieri non potest. Ergò cum ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit. *l. quod initio, 29. de R. I.* Idque etiam significatur regula illa Catoniana: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret: id legatum, quandocunque decesserit, non valere. *l. 1. ff. de Regula Cat.* quod idem legitur de heredis institutione in *l pen. ff. de R. I.* Obstat *L. 1. § ultim. de reg. Cat.* ubi dicitur, legatum fundum deberi, qui scribendi testamenti tempore tuus erat, si eum vivo testatore alienaveris. R. *Cujac. Celsum in d. l. 1. §. ult.* à cæteris JCtis dissentire; cujus dissensionis rationes proponit eum secutus *Borch. ad §. sed si rem legatarii h. t.* Nec ab his dissentit *Hotom.* dicendo, qui hos conciliare studet, is nihilominus operam suam positurus est, quàm si quadrare triangulum nitatur: Sed non incommoda solutio haberi potest ex *l. mea res. 98. ff. de cond. & demonstr.* quæ indicat rei meæ legatum valere sub conditione, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Sic dicimus Cels. *d. l. 1. §. ultim.* loqui de le-

legato conditionali, id est, de fundo tuo tibi relicto sub hac cōditione: Si Vivo Testatore eum Alienaveris quod vel maximè dicendum, cum constet ad conditionalia legata regulam Catonianam non pertinere. *l. 3. ff. de reg. Cat.* 2. Opponitur *l. cum servus legatus. §. si Titius. ff. de legat. 1.* ubi emtori rem vendidi, sed nondum tradidi; mea igitur est: postea emtor eam mihi legavit, valet legatum & si postea precio accepto rem emtori tradidero, atque ita eam alienavero, rursus eam recipiam jure legati, sicq; & rem habeo & precium; Rem jure legati; precium jure venditi. R. Emtor qui legat mihi rem emtam nondum traditam, remittit mihi actionem ex emto, sicque statim ab initio legatum valet.

ADDITIO.

Responsio nostra ad *l. 1. §. fin. de Reg. Cat.* rectè posita scripturæ confirmatur: item si tibi legatus est fundus, *inquit Cels.* qui scribendi testamenti tempore tuus est: Si Eum Vivo Testatore Alienaveris, &c. ut verba illa conditionem foveant, At conditionalia legata non pertinet regula Catoniana. *l. 3. de Reg. Caton.*

VI.

Cujus rei legatario commercium non est, ei inutiliter res legatur.

Quod pro regula traditum est in *l. cum servus. 38. §. 1. ff de legat. 1.* adeò ut nec ejus æstimatio debeatur. Obstat *l. filius familias. 114. §. si quid alicui. ff. de legat. 1.* ubi legatarius, qui rem habere non potest, tantum accipit æstimationem, quanti ea res solet cōparari. R. cum ex casu extrinsecus superveniente legatario deest rei commercium, consequitur æstimationem. *d. §. si quid alicui.* veluti si peregrino prædia Italica, quæ ei non mancipantur, sint legata. *l. sed si res. 40. ff de leg. 1.* Diversum vero est, si ex legis prohibitione desit, veluti in re usui publico vel religioni destinata. *§. non solum Instit. de legat. l. 39. §. 8. cum seq. de legat. 1.* Adversatur porro vehementer *l. sed si res. 40. ff. de legat. 1.* in qua JCtus putat æstimationem deberi ei, cui jus possidendi non est. Hæc *inquit Donell. ad l. 34. n. 9. de V. O.* omnibus ætatibus plus difficul-

tatis objecit, & ante eum *Cujac in notis priorib. ad Instit.* & hic quidem labor est, loquitur; quod ipsum satis suaque ipsi nimis usitata correctione indicavit, dum posteriorem negationem dispungendam arbitratur, quod magnopere illis, qui se & sua Cujacio consecrarunt, placet. Sed merito reprehensionem *Roberti incurrit, 2. animadaers. 11.* Rectius eam interpretabimur, ut in specie ejus relinquatur fideicommissum alteri à legatario rei, cujus uterque commercium non habet. Exempli gratia. Relinquo tibi peregrino nomine legati prædium Italicum; & à te peto, ut idem restituas *Titio* itidem peregrino, cui jus possidendi non est. Hoc casu debebitur æstimatio. Ut maxime n. uterq; possidere nequit, tamen quia id ex casu extrinsecus contingente contingit. Si enim cives Romani essent, possidere possent; nulla igitur est ratio, quo minus legati æstimatio debeatur. Objicitur insuper *l. fideicommissa 11, §. si servo ff. de legat. 3.* ubi servo militia fuit legata, cujus servus capax non est, & tamen debetur ejus æstimatio. R. militia legata vel etiam tessera frumentaria, æstimatio legata videtur. *l. mortuo bove. §. 1. de legat. 2. l. Titia Seja. eod.* & æstimationis capax servus est. Militia erat officium, ex quo quis commodum & emolumentum aliquod consequi poterat, ut Militia silentiariorum. *l. omnimodò. 30. §. ult. C. de inoff. test.* qui in consistorio vel palatio principis silentium imperabant; Militia distribuentium stipendia militibus: Militia describendi milites. Tesseræ frumentariæ erant calculi sive lapilli, in quibus erat scriptus modus frumenti, qui præbendus erat à præfecto annonæ, & qui tesseram adferebat ad præfectum, in scriptum modum accipiebat ablata tessera. Ratio rationis, cur æstimationis legatæ servus capax est, hæc statuitur: quod tale legatum consistat in quantitate; quantitatis autem servum capacem esse nihil prohibet. Adversatur ult. *l. 49. §. sed Proculus ait. 3. de legat. 2.* Verùm ibi relinquitur quidem ei, qui commercium rei legatæ non habet: sed tamen ea lege, ut alii eam restituat: non videtur a. quis capere, quod statim cogitur restituere. *l. aliud est capere. 71. de V. S. l. cum ei. 42. ff de legat. 2.*

VII.

Quantitas eadem sæpius legata pluries debetur.

Distinguunt Dd. communiter inter *speciem & quantitatem* legatam, ut illa non sæpius debeatur, hæc non utique. *l. 34. §. 1. de legat. 1.* adhibita tamen latiori hac distinctione, ut si uno testaméto eadem quantitas relinquatur, tunc semel tantum debeatur, nisi legatarius probaverit, defunctũ multiplicare voluisse legatum: vel testator diversis scripturis eandem quantitatem sæpius legaverit, & tunc pluries debetur. *Zas. ad l. 34. §. 1. n. 19. Mynsing. Schneidew. ad § si res aliena. Instit de legat. Cujac. 14. observ. 19.* Cujus distinctionis rationes adfert *Don. ad l. 18. n. 12. ff. de V. O.* Speciei quidem & quantitatis distinctionem admitto, sed inter quantitatem sive una sive pluribus scripturis relictam non item, per *l. si quis. 22. ff. de legat. 3.* ubi ita loquitur testator: Cui Bis Legavero, Semel Deberi Volo: Nec enim eam protestationem fecisset, si sine ipsa non credidisset, bis deberi. Itaq; qui bis legat, non protestatur, ut semel debeatur, his deberi sentit. Deinde si in eodem testamento primum major, deinde minor summa legetur, utraque debetur. *l. 3. §. cum Titio. l. cum centum. de adim. legat.* Ergò & si eadem summa mox legetur, *arg. l. ult. ff. de Instrum. & instr.* Addo, nos hic voluntatem morientis conjicere. *d. l. 34.* Sed voluntatem conjicere non est contra verba facere. *cap. pen. Auth. de restit.* Ergò hic istam interpretationem non admittemus, quæ unam summam decernit, quia disertè contra verba testamenti est. Porro verba non accipiuntur de eo, de quo fuit antea cautum. *l. 41. §. 4. ff. de vulg. substit. l. sed etsi. §. 1. ff. ex quib. caus. major.* Neque de eo, de quo postea, etiamsi illa essent generalia. *l. 17. §. 14 de adil. edict.* Igitur neque de eadem summa accipere decet verba in quæstione nostra. Quinimò talis est sensus, qualia sunt verba. *l. 4 ff. de reb dub. l habeo. ff. de supell. leg.* Sed verba sunt duplicantia legatum. Ergò & sensus erit. Insuper sic statuo, si dixisset testator: centum & centum lego, procul dubio ducenta deberentur. Ergò cum & ita dixerit: centum, centum lego. *arg. l. triplici. de V. S.* quid? non solum *(inquies)* datum volumus eadem scriptura, sed ut etiam sit locis datum distinctis: At quæ ratio, ut distinctio locorum impediat summæ duplicationem? Oblivio? At major oblivionis ratio in diversis scripturis, in quibus non impeditur duplicatio. Non etiam obstat *l. Marius. §. cum qui de legat. 2.* quia loquitur in legato speciei: nam in diversis scriptu-

ris loquitur id, quod in legato quantitatis non obtineret. Opp. & *l. libertati ff. de aliment. legat.* Cui respond. *Duaren. ad d. l. 34. §. 1.*

ADDITIO.

Acriter tamen videtur nobis adversari *l. Sempronius. 47 de legat. 2.* in cujus specie binæ tabulæ unius & ejusdem testamenti proferuntur, in quarum una 100. in altera 50. legata proponuntur. Et ex *Proculi* sententia 50. saltem debentur. Verùm considerandum est, testatorem non posse decedere ita, ut unius testamenti tabulæ discrepent, sed necessum conveniant, & certam ejus, non etiam vacillantem & variam contineant sententiam. Quare cum in specie *d. l. Sempronius*, una scriptura ab alterâ discrepet, interpretamur eam defuncti fuisse voluntatem, ut hæredi magis parcere, quàm legatario voluerit, adde *Cujac. 14. obs. 7.*

IIX.

Iniquè reprehenditur ab Antonio Fab. *Tribonianus* in §. si cui fundus Inst. h. t.

Fundamentum *Triboniani* est *in l. Non quocunq;. §. fundus. ff. de legat. 1.* quam legem utpote male à *Triboniano* intellectam contra ipsum stringit *Ant. Fab. 6. conject. 8.* Facti species hæc est: Fundus mihi alienus legatus est, ego proprietatem fundi à vero domino emo, deducto usufructu, qui penes ipsum mansit. Postea capite diminuto venditore ususfructus ad me pervenit ex causa lucrativa, proprietatem verò habeo ex causa onerosa: quæritur an fundum rectè petam? *Ant. Fab. negat. Affirm. Tribon. Faber* his utitur argum. Neq; fundum (*inquit*) possum petere, neque fundum detracto usufructu. Illo namque casu in petitione contineretur id, quod jam ex causa lucrativa haberem, id est, ususfructus. R. est in textu; usumfructum peti & servitutem, quam non habeo in re mea *l. uti frui. Si ususfr. petat.* Peti (*inquam*) sed non præstari, quia illum ex causa lucrativa consecutus sum, quod & *Tribonianus* vult in illis verbis: SED OFFICIO JUDICIS &c. quam R. prævidens *Fab.* regerit: Quomodo (*inquit*) fieri potest, ut is, qui nihil nisi fundum petit, cum usumfructum petere vi-

videatur, qui sit servitus, cum fundi appellatione alius ususfructus contineri non possit, quàm qui cum proprietate cõjunctus est, plenamque proprietatem efficit. Is verò qui servitus est, non alius intelligatur, quàm qui à proprietate sejunctus sit & separatus. *d l. uti frui*, R. Argumentum illud in casu conjuncti ususfructus cum proprietate loqui, atque ita nihil ad casum nostrum Nam hic ususfructus, qui tempore empti fundi deductus erat, nihil habuit cum fundi dominio sive proprietate cõmune *l. rectè dicimus 25. ff. de V. S.* Sed jus quoddam fuerat in ipsa re, atque ob id tali petitione fundi usus fructus, tanquam juris separati & servitutis instar est, neque in fundi petitione partis respectum habet. *Pergit. Fab.* Nec nudam proprietatem petere poterit, qui eam habet, neque ullo juris loco scriptum reperies: legatam rem ex testamento peti posse, si eam habeat. Sed si ex testamento agat, posse precium consequi. *§. si res aliena. Inst h. t.* Vult itaque *Fab.* non rem, sed pretium peti debere. Contra quẽ stat infallibile istud: Rem non pretiũ in obligatione esse; itaq; si pretium peterer, aliud peterer, quàm q ei deberetur. *l. 91. §. fin. ff. de V. O.* unde & *Iustin.* statuit in *d. §. si res aliena. Inst h. t.* in casu, ubi uni in duobus testamentis eadem res legata est, inspici, utrum æstimationẽ vel potius rem consecutus sit, ut illo casu possit adhuc rem cõsequi æstimationem nõ utiq;, quia habet illud, quod ei debetur, & in obligatione erat. Quod autem *in d. § si res aliena.* pretium legatarium consequi dicitur, ita dici omninò necessarium erat, quia rei præstatio sublata est, per accessionem dominii ad legatarium Sed neque *Fab.* nudæ proprietatis pretium admittit. 1. Quia sic contingeret, ut neque rem ipsam peterem, quæ mihi legata est, cum legato fundo pecunia legata non intelligeretur *l. Debitor. 82. de leg.* Dicit *Fab.* jam illud, quod planè antea negaverat, & quomodo id intelligendum, ex supradictis constat. Progreditur neque ipsius rei, quæ legata est, sed alterius rei cujusdam æstimationem consequeretur fundum enim cum dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut ex diametro adversatur: Puto hanc mentem *Fabri* esse, & ususfructus & proprietatis nudæ æstimationem præstandam esse. Verùm constat *ex d. § si res aliena.* rei ex caussa lucrativa obvenientis æstimationem præstari non debere. Cum itaque ususfructus ex caussa lucrativa legatario

rio obvenerit, nuda verò proprietas ex causa onerosa; illius æstimationem rectè ei adimit *Tribon.* hujus verò optimè concessit. Et hæc breviter pro ratione hujus instituti dicta sufficiant, aliàs plura.

IX.

An legatum in extranei voluntatem conferri possit?

Nos non quidem absolutè, ut is quasi dator legati sit, statuimus. *l. 52 in fin. de condit. & demonst.* sed ita, si is voluerit arbitrari. *l. 43. §. 2. de leg. 1. l. 3. in pr. de legat. 2.* Addatur *l. 46. §. 1. 2. de fideicom. lib.* Pugnare autem valdè videtur *l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonst. cum l. 1. de legat. 2. & l. senatus. 43. §. legatum. 2. de legat. 1.* Modestinus enim negat legatum in alienam voluntatem expreßè conferri posse, tacitè autem, veluti si *Titius* Capitolium adscenderit, posse. *Ulpian.* autem *ICtus* conferri posse asserit, nec ullum admittit discrimen, an dicatur, si *Titius* voluerit, aut si *Titius* in Capitolium ascenderit. Ad hæc respondet *Cujac. lib. 2. obser. cap. 2. quem omninò vide* Addo, quod de bonis suis ita testatorem disponere oporteat, ut ultima ejus voluntas & sententia non ex alterius nutu pendat, sed ut ipse declaret ex suo ipsius arbitrio & jussu, quid post mortem suam fieri velit *l. illa inst. 32. de hered. instituend.* Et hinc est, quod testamentũ definiatur VOLUNTATIS NOSTRÆ, nõ alienæ de rebus nostris dispositio *l. 1. qui testam. fac. poss.* Quocircò quando ita legatur: *Cajo* do lego, si *Titius* Capitolium ascẽderit, tale legatum valet, quia tunc testator certus est de sua voluntate, neq; dispositio ejus confertur plenè & omnimodò in *Titii* arbitrium, sed hoc principaliter agitur, ut aliquid faciat *Titius*, quod fortassis intersit testatoris ad effectum deduci, & ita non principaliter, sed in consequentiam pendet legatum ex *Titii* voluntate. Vide variè dissentientes invicem *Cujac d. loc. Hotom. 1. respons. amicab. 5. Robert. 2. sent. 10. & 11. Duaren. ad tit. ff. de condit. instit. Connan. lib. 1. comm. c. 6. Donell. ad l. 43. de V. O. n. 6.* Obstat porrò *l. si quis mihi 25. § si coram. ff. de adquir. hæred.* ubi dicitur, aditionem hæreditatis valere, quæ fit arbitrio *Lucii Titii.* R. Ibi pater jussit filium coram *Titio* hæreditatem adire, quod perinde habetur, ac si *Titio* sciente & arbitrante adire jussus sit, id est, illius consilio & arbitrio, non voluntate. Non adversatur fi-

finaliter *l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum de legat. 3.* Quia conditionale est, & primam voluntatem exigit: hoc est, si contigerit hæredem semel voluisse, amplius sententiam mutare nō potest, quia in perpetuum tractum ejus voluntatis legatum non est collocatum. Aliud obtinet in conditione, si voluerit, *Robert. d. c. 10.*

X.

In legato generis electio est legatarii, nisi testator aliud dixerit.

Videbatur inutiliter hoc quæri, cum constet legatum generale non subsistere. per *l. cum post divortium. § gener à socero. ff. de jur. dot.* ubi *ICtus* inquit; fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem fundi: Quod ipsum tamen affirmat Imperat. *in §. si generaliter. Inst. de legat.* Distinctione itaque tali haberem compono. Aut genera plures res sibi subjectas habent inter se similes, unaque substantia & compositione corporis constantes, & nunquam sine fructu vel promittuntur vel leguntur, qualis est homo. Nulla est species ex eo genere, quæ suam utilitatem non habeat. Aut genera constant rebus maximè diversis, ut animal: vel constant rebus non natura, sed cujusque destinatione consistentibus, qualis est fundus. *l. quod in rerum natura. 24. §. quod si post. 3. ff. de legat. 1.* Et nimia incertitudo vitiat legatum vel stipulationem. *Borch ad d. § si generaliter. Bronch. 2. ἐναντ. 48.* Eo jam posito ad electionem transimus de qua videndus textus *l. legato. 37. in pr. ff. de legat. 1.* Opponit. *Iul. Pacius. 6. ἐναντ. 16. l. si à substituto. 45. §. 1. ff. de legat. 1. l. si is cui. 19. legat. 2. l. 43. § ult. eod. l. 25. §. si incerto. ff. fam. ercisc. cum similibus.* quæ in generali legato electionem tribuunt heredi. Distinguit idem ex jure antiquo inter legatum per damnationem, & legatum per vindicationem: in illo erat electio heredis, in hoc legatarii. *Ulpian. in tit. de legat. §. optione. d. l. si is. cui.* Hodiè vero ista subtilitas est sublata, per *l. 1. C. comm. de legat.* & cum vindicatio semper detur legatario, consequitur eidem electionem concedi oportere, nisi (*ut thesis habet*) aliud testator verbis expresserit. Quamvis *Pacius* etiam hodiè electionem assignet heredi, si legatarius actionem personalem intentaret. Objicitur & *l. quidam. 20. de legat. 1.* Cui respondet *Duaren. ad l. legato. 37. de legat. 1.*

Non

Non adversatur *l 37. §. 1. & l. si quis à filio. 32. l. 39. §. fcio. de legat. 1.* Quia ibi testatorem de certa re seu specie sensisse probabiliter colligi potest, & hinc est, quod hæredi electio detur. *Bronch. 2. ἐναντ. 44.* ubi simul respondet ad *l. 3. 4. ff. de Tritic. vin. ol. legat.* videl. ab hac quasi regula excipi res pondere & numero constantes, cum pro iis non competat rei vindicatio, ut docet *Cujac. in expl. l. si servum. 108. §. cum homo de legat. 1. in tract. 5. ad African.* Unde etiam est, quod nummis in genere legatis exiguiores debeantur. *l. nummis. 73. ff. de legat. 3. Robert. 2. sentent. 14.* Notanda in hac electione est regula ab *Ulp.* in *l. 37. ff. de legat. 1.* posita, nimirum nec optimum nec pessimum, sed mediocre à legatario eligendum, & ab hærede præstandum esse. Confirmatur *per l. si hæres. 110. de leg. 1.*

XI.

Si pluribus eadem res legetur conjunctim, vel disjunctim, quid juris, quæritur?

Triplicis conjunctionis mentionem facit in *l. 89. de legat. 3. Paul.* quæ tùm facta dignoscitur, cùm una & eadem res in eodem testamento eodem successionis genere relicta est, ut in exemplis sequentibus: qui enim ita legat: *Titio fundum Tusculanum do, lego, eundem fundum Mævio do, lego*, realiter Titium & *Mævium* conjungit: rei enim, hoc est, fundi legatum eos conjungit, licet verbis & orationibus diversis. Verbalis conjunctionis exemplum est: *Titio & Mævio fundum Tusculanum æquis partibus do, lego.* Hi etsi verbis conjuncti sunt, re tamen separati reputantur, quia æquales partes sunt relictæ, non qnidem corpore divisæ, sed intellectu: nam si corpore divisæ essent, utique dimidia parte separatim relicta nulla esset conjunctio *l. plane. 34 de leg. 1.* Re & verbis conjuncti dicuntur hoc modo: *Titio & Mævio fundum Tusculanum do, lego.* Hi enim non verbis tantum conjuncti, quia nulla ex partium expressio, non etiam re tantum, quia verbis conjuncti sunt: relinquitur ergò utroque modo simul, hoc est, re & verbis conjunctos esse. Quibus ita præmissis 1. Quæritur, An Conjuncti Mixtim Faciant Ab Initio Partes, Vel Demum Concursu? Et quidem prius volunt *Covar. ad d. l. re conjuncti. 89. in animadvers. libro.*

Duar.1. De jure accres. 11. quorum argumenta recenset *Fachin. 4. controv. 94.* Præcipuum est in *l. planè. §. si conjunctim. de leg. 1* conjuncto eo, jus accrescendi id dat, quod antea habuit collegatarius; nam quomodo accrescet id quod habuit? at si ab initio solidum habeant collegatarii, frustra sanè de accretione quærimus, cum ipsis solidum, quod antea habuerant, nunc uno deficiente obtingat: quam argumentationem non admittit *Celsi* ratio dicentis: Toties jus accrescendi esse, quotiens à duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est. *l.3. in pr. de Ususr accres.* & generalior est, cum solidum quod habeant, non simpliciter & irrevocabiliter ipsis competat, sed cum hac quasi conditione: si Collegatarius concurrere desierit, quo deficiente, jus nanciscendæ partis integræ competit, quod ipsi donec de alterius voluntate constat, non permittitur, & hoc est, quod Imp. ait in *§ si eadem res Instit. de legat.* Res duobus legata sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: Si enim solidum anteà non habuissent, non posset discindi inter eos legatum; Quocircà cum illis facio, qui concursu eos partes facere volunt. (*Forcat. in Necyomant. Fumæ de conjunct. cap. de conjunct. mixt. Fachin d. lo.*) 2. Quæritur AN ETIAM IN CONJUNCTIONE VERBALI OBTINEAT JUS ACCRESCENDI? Affirm *l. 16. de legat. 1.* & evidenter confirmat *l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* quæ hoc quærit, num verbis conjunctus sit potior re conjuncto? & magis est ut ipse præferatur, *inquit JCtus*, necessum sit & inter eos jus accrescendi. Et rectè ait *Duaren. 1. de jure acc res. 10.* quamvis ab initio partes habeant ex voluntate testatoris, non tamen divisio in partes hujusmodi, quæ incertæ sunt, facit, quo minus ad eandem rem vocentur, & probat *l. unica. §. his itaq; C. de cad. toll.* Contrarium volunt *Cujac. 24. obs. 34.* motus *l. 1. in pr. l. pen. de ususr. accres. l. 66. de hered. instit.* Addit *Fumæ. in tract. de conjunct. cap. de jure accres ex verbal. &c.* quod toties sit locus juri accrescendi, quoties à duobus, qui solidum habuerunt, concursu dividitur. *l. 3. in pr. de ususr. accres.* Certum est autem hac conjunctione conjunctos non facere partes inter se concursu, sed habere ab initio; & per consequens inter eos non habebit locum jus accrescendi; *de quo vide eundem.* 3. Quæritur DE SIMPLICI REALI CONJUNCTIONE? Et quia conjunctorum uterque in solidum ha-

haberet rem legatam, ideoque non concurrente uno rem fortè legatam repudiante, solutum remanet apud alterum. Proinde jus potius, non decrescendi, quàm accrescendi locum habet. *l. unic. §. 11. C. de Caduc. toll.* Sequitur nunc *Paulum* in hac d. l. secuti ut de prælatione horum conjunctorum quæramus: Quæ res depēdet ex vero sensu ejus legis. Præfertur igitur (*inquit Paulus*) omninò cæteris, qui re & verbis conjunctus est. Exempli gratia: *Titio & Mævio fundum Tusculanum do, lego, eundem fundum Sempronio lego, ejusdem fundi partem dimidiam Sejo lego.* In hoc exemplo omnes conjunctionis species proponuntur. *Titius Mævius* sunt mixtim conjuncti. *Sempronius* realiter. *Sejus* verbaliter. Ergò ex sententia *Pauli*, si *Mævius* legatum repudiaverit, ejus portio soli *Titio* accrescet; Ratio illa est, quia demta conjunctione verbi portio *Mævii* omnibus pro portione accresceret, verbi accedens conjunctio jus prælationis parit. (*Govean. d. loco.*) qua in re facilis est nostrorum consensus. De reliquis major est dissensus. Si verò verbis quidem (*inquit Paul.*) conjunctus sit, re autem non, quæstionis est, an conjunctus scilicet verbis potior sit? Et magis est, ut ipse potior sit, qui est genuinus ejus loci sensus, ut in hoc exemplo. *Titio & Mævio* fundum æquis partibus do, lego: Eundem fundum *Sempronio* lego; deficiente enim *Mævio, Titio* pars ejus accrescit, cujus rei ratio est apud Justin. *in l. unic. §. his itaq; C. de Caduc. toll.* quia propter unitatem sermonis in unum corpus redacti censentur, ut nec *Alciati* dubitatio *7. παρεργ. 9.* obtineat, qui minimum interesse contendit. (*Bach. 4. controv. 98.*)

XII.

Posthumus autem alienus hæres institui & anteà poterat, & nunc potest, inquit Imperator Justinianus.

§. posthumus a. h. t. Cui graviter adversatur, quod *Justin.* scribit *in pr. tit. de bon. possess.* id olim non potuisse fieri, sed se demum id sua constitutione introduxisse. Verum priorem sententiam confirmat *l. pen. ff. de legat. 1.* quo in loco & alienos posthumos nobis legitimos fieri hæredes respondetur. Utrumque resolvit suo more subtiliter *Vigl. ad §. servus etiam alienus. Inst. de heredib. insti-*

tuend. Quare & nos cum eo sic statuimus: posthumum ante *Justinianum* hæredem institui non posse, ratione infallibili: incerta persona hæres institui negat *disp.8.thes.6.* At talis est persona posthumi. §.*incertis.cum §.seq.Inst.h.t.* Ergò. Nec adversatur, quod in §.*posthumus. a.h.t.* dicitur; posthumum alienum olim institui posse. Nam illud non incommodè cum *Vigl.d.loco* accipimus, ut ad effectum, non ad juris similitudinem referatur: potuit enim antea, potest & nunc: aliter tamen antea, aliter nunc; quid enim opus erat nunc de eodem aliquid addere? ergò antea utiliter poterat institui, quia per bonorum possessionem secundum tabulas hæreditatem acquirebat, nunc etiam jure civili potest adire. *Vigl.d.loco.* Quod dicere malim, quam cum *Alciat.9. παρεργ. 1.* textus correctionem inducere, quæ non admittenda est, si tolerabilis responsio inveniri queat. Ad *l.pen.ff.de legat.1.* quod attinet, puto non improbabiliter dici posse, l.eam non in genere, de quolibet posthumo loqui, sed tantum de legitimo, quod & verba textus apertè innuunt, ut pluribus *probat Vigl.d.l.*

XIII.

Quod quis in diem, vel sub conditione debebat, creditori suo legavit, & vivo testatore dies venit, aut conditio extiiit, quæritur, an legatum valeat?

Affirmat §.*ex contrario.Instit.h.t.* Negat *l.debitor 82.ff.de legat.2.* Pro utraque sententia fundamenta adfert Borcholt. *ad d.§.ex contrario.* qui pugnantiam jurium admittit; & ante eum noster Donell. Sed quia id menti *Justiniani* adversatur in *l.nulla.2.C.de vet.jur.enuc.* dum nullam antinomiam in jure extare affirmat. Quod licet (ut eleganter *Wesenb.ad §.Thesauros enim.Instit.de Rerum divis.*) non per omnia servatum sit, tamen veterum exemplo semper tentanda conciliatio est, si qua commoda occurrat, ut tanto jus sit certius: cujus non interpretes quàm censores manere præstet. E. utile legatum dicimus, si in corpore, vel in specie consistat. *d.l.5.& §.ex contrario:* Si verò in quantitate non item. *d.l.debitor.82.Anton.Fab.4.Conject.12.in pr.vide Jul.Pac.6.ἐναντ.18.*

XIV. *Le-*

XIV.

Legatorum & fideicommissorum exaquatio à quo facta sit? quaritur.

Multi exæquationem horum etiam tempore *JCtorum* antè *Justin.* fuisse putant per *l.1 ff. de legat.1.* Per omnia (*inquit Ulp.*) exæquata sunt legata fideicommissis. Sed in multis tamen ab invicem tum temporis distasse, vel ex interpretat. ad §. *sed non usq. Inst. h.t.* discendum est. Accedit quod *Justin.* se expressè dicat in unam quasi consonantiam hæc redegisse. *d. §. sed non usq. h.t. l.2. C. com. de legat.* quod & vulgus Interpretum meritò credit. Quid igitur? *Vigl. & Duaren.* putant *d.l.1.* Justiniano adscribendam esse: Quorum sententiam doctè refellit *Joan. Robert. 2. sent. 23.* qui nescio an felicius reciprocam exæquationem à *Justiniano* primùm introductam arbitratur. *Cujac. 8. obs. 4.* eumque secutus *Jul. Pac. 6 isagog. 2.* certorum quorundam respectu per omnia, non tamen in omnibus legata fideicommissis exæquata statuunt, ut in Interdicto *quod legatorum*. Ego horum sententiam veram agnosco, sed nimis arctam, cum etiam jure Digestorum non tantum in interdicto, *quod legatorum*, & in retentione quartæ exæquatio facta sit, sed etiam in l. Jul. Papia. *l. & fideicommissum. 87. de legat. 3.* Item in l. Ælia Sentia. *l. in fraudem. 27. ff. qui & à quib. manum.* Item in SCto circa *l. Corneliam* facto, quo tenetur, qui sibi adscribit in testamento, perinde legatum, & fideicommissum complectitur. *l. 1. §. ad testamenta. ff. ad L. Cornel. de fals.* Sic in edicto de conditione jurisjurandi remissa. *l. 8. §. 1. de condit. instit.* In edicto si quis omissa causa testamenti. *l. licet. l. si non solus. §. de libertatib. ff. eod.* In edicto de legatis præstandis contra tabulas *l. 1. l. 5. §. sed etsi. ff. eod.* plurimisq; aliis eorum exæquationem videre licet, apud *Chiflet. de fideicom. 2. c. 6.* De responsis prudentum quid dicam? Eò in iis deventum, ut legatum pro fideicommisso. *l. sæpè. 16. de legat. 3.* legatarium, pro fideicommissario non semel assumserint. *l. Lucius. 22. l. si ita relictum. 43. de legat. 2.* Quod idem in Principum constitutionibus demonstrat *d. loco Chiflet.* Rectè ergò *Ulp.* rectè & *Justin.* Ille enim regulam constituit, quæ dum suis exceptionibus restringeretur, exceptiones illas resecavit, regulæque omninò supposuit *Justin.* Nulla itaque hodie differentia est inter legatum

& fideicommissum, seu per omnia exæquata sunt. Quæ universalis propositio, si in uno peccat, in omnibus redditur falsa. Non ergò recipitur communis Dd. conclusio, quo ad libertatem adhuc differentiam inter hæc duo manere & probat *Dom. S. com. 4. in fin.* Eleganter *Vacon. à Vac. 4. c. 53.* quomodo, *ait*, inter legatariam & fideicommissariam libertatem differentia erit, si legataria libertas in libris juris non reperitur?

XV.

Si testator fundum communem legavit, utrum totus fundus legatario debeatur, an verò saltem jus, quod testator in eo habuit? Et nisi alteram partem à socio redemit, jus tantum testatoris deberi verius est.

L. 5. §. 1. ff. de legat. 1. Sunt enim in legandis suis rebus quàm alienis comparandis & onerandis hæredibus faciliores voluntates. *l. unum ex familia. 67. § si rem tuam. 8. de legat. 2. l. qui quatuor. 30. §. 4. ff. de legat. 3. l. 36. §. 1. de Us. & Usufr. legat.* Unde censetur testator illud jus tantum legasse, quod in fundo habet. *l. si domus 71. §. ult. ff. de legat. 1.* Obstat, quod juris est in toto, quoad totum, idem juris est in parte, quoad partem. *l. quæ de tota. 76. ff. de rei vind.* Sed si totus fundus alienus esset legatus, subsisteret legatum. *l. cum alienam rem. C. de legat.* R. Majorem procedere, nisi totius & partis diversa ratio sit. *Everh. in loco, à toto ad partem. n. 7.* Cum enim totus fundus alienus est, dubium non est, quin testator totum legare voluerit: Ubi verò pro parte tantum, & communis cum alio, probabilis est ambigendi caussa: in dubio autem non præsumitur testator onerare hæredem. *d. l. 67. §. 8.* Et meis verbis potior est *l. 67. de legat. 1.* Opponit & *Accurs.* tale argumentum contrà id quod diximus, fundum integrum præstandum, si testator partem socii postea redemerit, ex *l. ita. 7. de auro & argent. legat.* ubi traditur: quod hæc verba, *meum, tuum*, præsens tempus testamenti significent. Atqui eo tempore pars tantum erat testatoris. Ergo ea tantum pars debetur. Isti argumento respondet *Zas. l. 7.* in corporibus separatis procedere: diversum esse si pars antecedens tei

rei

rei legatæ adjiciatur, ut cum ea uniatur: tunc enim ista accessio debetur legatario *l. cum fundus. 10. de legat. 2.* Opponitur & *l. 66. §. fundo. 6. ff de legat. 2. l. 57. de legat. 1. l. si dominus. 76. de legat. 2. l. 76. de legat. 1. l. 67. de legat. 3.* quibus omnibus respondet *Duaren. in l. 5. §. cum fundus. de legat. 1.*

XVI.

Si testator ita dixerit, lego Sempronio, *quod* Cajo *legavi, utrum videatur* Cajo *adimere legatum?*

Et hoc contra *Bartolum* affirmare inducor. *§. Inst. de ademt. legat.* in quo totidem verbis expreßè ita quæstio nostra deciditur ut nullus dubitandi locus relinqui videri possit. Confirmatur *l. 5. ff. eod.* Movetur *Bartol. l. si pluribus. ff. de legat. 1.* ℞. in proposito nostro casu apparere, ademtione à priore legatario facta ad secundum legatarium testatorem convolasse. 2. Obstat *l. quod si alii ff. de adimend. legat* R. hæc esse dissimilia: In casu enim nostro, nō uni purè, non alteri sub conditione legatur, sed uni ut alteri. 3. Opponitur *§. si eadem Inst. de legat.* R. & hæc dissimilia esse: aliud enim est dicere, Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego, *in d §. si eadem.* Aliud verò quod Titio legavi, Cajo lego. *§. 1. Instit de adempt. legat.* Priori casu sunt conjuncti; posteriori non æquè. 4. Non adversatur *l. Iul ff. de hered. instit.* quia ibi verba ad partis assignationem referuntur; in casu nostro ad rem legatam, quæ secundum communem loquendi usum ademptionem significant. *Duaren. in l. si pluribus. ff. de legat. 1.*

XVII.

Quæ est ratio differentiæ, ut in Falcidiam saltem imputentur ea, quæ jure hæreditario capit hæres; In Trebellianicam verò etiam ea, quæ jure legati vel fideicommißi?

Illam desumere soleo ex præsumto testatoris erga hæredem affectu *arg. l. nec adjecit. ff. pro socio.* quem hac in re l. Falcidia, ut & SCtum Trebellianum pressius sequuntur. Vult enim testa-

tor *legata & fideicommissa* illis, quibus reliquit, præstari, quod ita accepit lex Falcidia, ut præ cæteris voluerit eadem, si quæ relicta sunt, hæredi dari, idque propter verosimilem testatoris erga hæredem affectionem, quem voluit fortunarum suarum post successorem esse. SCtum autem Trebellianum ex eadem testatoris mente statuit, eum magis diligere fideicommissarium, quàm fiduciarium hæredem; Ideoque si tantum sit relictum huic, ut possit eo ad adeundam hæreditatem induci, putavit rectius nullam inter legati aut hæreditatis titulum differentiam admittendam esse. Quæ ratio si displicet, vide aliam apud *Duar. 2. disp. 10. Wes. in z. ff. h. t. n. 5. Fach. 5. cont. 15*, Quanquam si *Cujac. 8. obs. 4.* credimus, non sit hac de re inquirendum, cum ex æquiparatione legatorum & fideicommissorum nullum amplius supersit discrimen: Cujus sententiam non admittit *d. l. Fach.* Confirmat opinionem suam *Cujac. ex l. solum. C. fam. ercisc.* quam explicat *disp. 8. pandect. quæst. 16.*

XVIII.

Filius fideicommisso gravatus non potest duas quartas detrahere.

d. l. jubemus. C ad SCtum Trebell. ubi pater filium rogatum restituere aut fratribus, aut cuicunque omnimodo cogi reddere dodrantem. quæ novem unciæ sunt. Ergò duas non retinebit quartas. *Bald.* ait, filium acquievisse uni deductioni, sed oportuit filium familiarem *Baldi* admodum fuisse, cujus ille mentem tam benè novit, *ut ait Ferret*, & *Baldum* refutant verba illa: *omnimodò restituatur*, quæ necessitatem omninò imponunt filio. 2. Quia ea, quæ in quartam aliquā imputantur, ad eum modum habet, qui quartam efficit, is eam quartam habet, nec in ea quicquam requirere potest amplius. *l. in quartam. 91. ad l. Falcid* At qui quartam Trebellianicam habet, is habet ea, quæ imputantur in quartam. E. qui habet quartam Trebellianicam, is continuò & simul habet eatenus legitimam, & vice versa, hoc idem valet, ut qui legitimam prius consecutus est, habeat ea, quæ imputantur in quartam Trebellianicam. QUÆ IMPUTANTUR IN TREBELLIANICAM? QUÆ IN LEGITIMAM? explicat *Donell. 7. comment. 30.* 3. Urgens hujus rei probatio est in *l. 1. §. pen. ff. si cui plus*

quàm

quàm per legem Falcid. ubi extraneus non potest, quartam ipsi à legibus debitam, & quartam Falcidiam deducere. E. nec filius. R. *Dd. per notat. in l. si quis legatum. in fin. de Fals.* quia facilius perdit suam portionem patronus, quàm filius: sed hoc nihil ad nos, quoniam satis est habere regulam, & qui differre hîc dicit, dabit legem vel rationem. 4. Quia lex iniquum putat, hæreditatem gravari à duobus, in his quæ à voluntate pendent. *l. Titia. §. qui invita. ff. de legat. 2.* Id ergò multò minus erit in necessariis. Scimus enim quartam Trebellianicam eam deduci contra voluntatem testatoris. *l. Titia. ad L. Falcid.* 5. Quia cessat causa retinendæ quartæ fideicommissorum: non enim est dubium, ne non adeatur hæreditas: cum non possit filius hæres universalis accipere legitimam & hæreditatem repudiare. Quamobrem cessante causa, cessabit etiam effectus. De repudiatione illa est ratio, ne pro parte hæreditatem adeat, & pro parte non. *l. 1. 2. de adquir. hered.* quia legitima est tertia hæreditatis, ut in *Novell. 18. (alia habet Hotom. illustr. q. 43. Cujac. 8. observ. 3.)* In contrarium tamen ivere plerique *(quos recenset dissentiens Fachin. 5. controv. 2.)* moti his sequentibus. 1. Legitimæ non potest onus imponi. *l. quoniam in priorib. C. de inoff. testam.* At hoc modo onerabitur necessitate aditionis. R. nulla est illa oneris impositio, quoad legitimam: tunc autem est in ea onus, quando minor redditur vel quantitate, vel tempore. 2. Oppon. *l. quotiens, 67. ad l. Falcid.* in qua tam *ex l. Falcidia*, quàm ex *l. Jul.* deductio admittitur, cur non igitur in casu nostro? R. *Hotom. d. loco.* 3. Opponitur, qui discreta jura habent, diversarum personarum loco sunt, & diversis modis possunt emolumenta consequi. *l. Tutores. vers. si diversa. ff. de his quib. ut indig. l. consul. 3. de adopt. l. qui non, 78. de hæred. instit.* Sed filius diverso jure petit duas quartas, unam tanquam filius, alteram tanquam quilibet extraneus. E. duplici jure etiam utetur. R. Regulæ isti locum esse, ubi qualitas diversarum personarum inter se non repugnat. *arg. l. Titia si nupserit. de condit. & demonstr.* Repugnat autem aliquem esse filium, sed tanquam extraneum. 4. Non est negandum filio, quod conceditur extraneo; quæ fuit ratio *c. Raynutius. de testam.* in his verbis: cum etiam quilibet extraneus in conditione gravatus eam deducere possit. Conceditur autem cuilibet restituenti Trebellianicam deducere. Ergò & filio. R. non negari fi-

filio, ut quartam deducat, sed quia tantum habet, & si jure diverso, quantum habuit extraneus, contentus erit, ne non sit locus voluntati testatoris. 5. Quod prohibetur una via, non debet alia concedi: Sed Trebellianica non potest prohiberi directò. E. sicut extraneo directò negari non potest, sic non negabitur filio per inflexum R. nos prohibere Trebellianicam, qui imò læti lubentesque filio deferimus, & electionem hujus, vel quartæ legitimæ damus. Addidit & superioribus nonnulla contra eam, quam defendimus sententiam, *Fachin. d. controv. 2.* Movetur præcipuè *Novell. 39. c. 1.* in qua *Imp. Justinian.* decernit legitimam à restitutione excipiendā esse; Ex quo consequens ille vult, eam restitutioni obnoxiam non esse. Sed ad superioris sententiæ defensionem nescio an evidentius argumentum extet, quàm id, quod *d. Novell. 39.* suppeditat. Exceptio enim (*ut fandi mos nostrorum est*) in contrarium regulam esse arguit, quod & rerum experientia nos docet, & obvium cuilibet. *l. his verbis. 102. ibid. Dd. de legat. 1. l. Tribunus. § fin. de testam. mil Bart. in l. quæsitum. §. deniq. de instruct. vel instrum. Dec. in l. 1. num. 28. de R. J. & consil. 552. n. 3.* Tib. Decian. *consil. 51. n. 4. vol. 1.* In casu autem dotis & donationis propter nuptias, si non legitima pars pro ratione & personarum qualitate sufficiat, ulterior detractio permittitur. *d. Novell. 39. c. 1.* Ergò aliis in casibus, ubi nimirum legitima doti & donationi propter nuptias sufficit, ea inhibita censebitur. Et quale hoc argumentum? legitimæ restitutioni obnoxia non est. Ergò & Pegasianæ quartæ detractio permittenda erit: Mens & propositum *Justiniani* id enervat, cujus rei argumentum desumo ex *d. l. jubemus. C. ad SC. Trebell.* quod nescio an rectè explicem. Olim cum quartæ Pegasianæ seu Trebellianicæ & legitimæ eadem quantitas, nihil interesset, hanc illamvè deduceret filius; Unde & in specie *d l. jubemus*, quartam Trebellianicam deducere proponitur. Una enim in alteram imputabatur, utique cum utriusque fons & origo eadem. At cum legitimæ quantitas hodiè pro liberorum numero *Justiniani* munificentia creverit. *Novell. 18. c. 1. d. Novell. 39. c. 1.* nil mirum, si eadem omnem restitutionem effugiat, ne videlicet parens fraudem liberalitati *Justinianea* facere possit, nec tamen hinc ad Pegasianæ detractionem procedendum erit, sed propter superiora constringenda.

ex quibus nunc infirmitas & cæterorum argumentorum *Fachin.* dependet.

XIX.

Liberos in conditione positos, non esse in dispositione verius arbitramur.

Hæc conditio: SI SINE LIBERIS DECESSERIT: adjicitur à testatore ad liberandum hæredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum. Ergò si gravatus hæres decedat liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommissum in favorem liberorum, quàm ad quod inductum est, quia inducta ad unum effectum, non debent ejus contrarium operari. *l. legata inutiliter. ff. de legat. 1.* 2. Quod favore introductum est, non debet in odium retorqueri. *l. quod favore. C. de ll.* At hoc fideicommissum favore hæredis introductum, in ejus odium retorqueretur: Sic probo. Si statuamus liberos esse in dispositione, jam sequitur bona utpote restitutioni obnoxia alienari non posse. *Auth. res quæ. C. comm. de legat.* At hoc est contra favorem & commodum hæredis, quod nemo negat. Hinc est, quod in *l. 1. C. de pact.* alienata revocari non possunt, quam legem ut firmissimum nostræ sententiæ argumentum, notamus. 3. Quæ sunt in conditione, non sunt in dispositione, eò, quod conditio nihil ponat in esse, ut loquitur *Gail. 2. observ. 136. n. 18. per l. 8. ff. si quis omiss. caus. test. l. 1. §. item si ita. ff. ad l. Falcid.* Sic qui positus erat in conditione, non vocatur ex testamento, sed ab intestato, *in l. 82. ff. de heredib. instit.* nulla alia ratione, quàm quod conditio multum differat à dispositione. 4. Ex *l. Lucius. 85 ff. de hered. instit.* Sic colligo ibi: Non enim fratrem solum hæredem prætulit substitutis, sed & ejus liberos. si prætulit liberos, neq; per institutionem, neq; per fideicommissum; non prætulit ex causa testati. At prius; posterius igitur. Non per institutionem, quoniam ea ex conjectura non inducitur, sed verbis debet fieri. *l. jubemus. C. de testam. l. cum proponeretur. ff de leg. 1. § inprimis. Instit. de fideicomm. hæred.* Non per fideicommissum, quoniam id intercidit, quando hæres scriptus ante aditam hęreditatem moritur, dum non repudiarit in fraudem fideicommissarii.

l.13.§.3.l.27.§.6.ff.ad SC.Trebell.l.4.C.eod.l.2.§.ult.ff.de suis & legit. Atqui frater hîc priusquam adiret, decessit. *Donell. ad l.1.C.de pact. Duaren. de cond. instit. c.5. Gomes. 1. resol 3. n.13* Dissent. plurimi, *Coras. 2. miscell. 19. Fachin controv. 51* Moventur d.l *Lucius. de hared. Inst.* Respondeo, non quæri *in d.l. Lucius.* an sint in dispositione, sed an substitutum excludant: Et vult excludere substitutum, eique præferri non ex testamento tanquam vocatos à testatore, sed ab intestato. Sic porrò *Coras. d.l.* argumentatur: Liberi instituti præferuntur substituto. At substitutus venit ex testamento. E. multò magis liberi. R. non præferri substituto, quoad successionem, sed tantùm quoad exclusionem. Non movet *l. 26. §. 2. de pact. dot.* Quia ad hoc tantũ proficit ibi patri, ut dotẽ retineat, nec quicquam ad quæstionem nostram facit. Adversatur insuper *l. qui filium 27. in pr. ff. ad SCtm Trebell.* R. in ea lege dispositionem esse, non conditionem; Nos agimus de conditione; ibi verò *malo tibi* disponit aliquid, & propter conjecturam voluntatis intelligimus, per fideicommissum relictum esse hæreditatem patruo.

XX.

Utrum prohiberi Trebellianica detractio possit à testatore? Neutiquam.

Sic probo: Nemo potest cavere, ne leges in suo testamento locum habeant *L.55. de legat. 1. l.5. §. Julianus. ff de administr. tut. l. testandi. Cod. de testament.* At lege vel (*quod in proposito idem est*) SCto introductum est, ut hæres gravatus Trebellianicam deducere possit. § *sed quia. Institut. de fideicom. missar. hæred.* Ergò ut maximè hæredi refragetur voluntas testatoris, ei tamen legis auctoritate suffragatur, quæ hac in re potior est hominis dispositione. *Sed inquies:* Ergò & Falcidiæ detractionem prohibere testator non potest, nam & ea legis auctoritate debetur. *Inst. de L. Falcid.* quod tamen fieri posse docet *Novell. 1. si verò expreßim.* Hinc *Bart. Jas.* dicunt, Hoc rectè ad quartam Trebellianicam produci: ut & illa jure novo à testatore prohiberi possit, quia & ad exemplum Falcidiæ introducta est. § *sed quia hæredes. Instit. de fideicommiss. hæreditat.* Approbat *Gail. 2. observ. 138. num. 17.* Sed dico cum legislatore, qui quicquid cum Falcidia commune sit Trebel-

bellianicæ non ignorans; Falcidiam posse prohiberi constituit: de Trebellianica adjecit nihil; satis innuit, jus antiquum intactum illibatumque manere voluisse. *arg. l. præcipimus.* C. *de appellat.* Præsertim cum novæ constitutiones SCta non facilè & non nisi expreßè enervent, quod in proposito factum dici nequit, cum verba ad illud extensa non sint. Adde, cessante ratione legis, cessat & ipsa lex. At in Trebellianica cessat ratio, de qua in *Novell. 1. § si verò expreßim.* Ergò & ipsa lex. *vid. Fachin. 5. illustr. controv. c. 4. Forcad. in Necyomant. dialog. 45. Alciat. 5. παρεργ. 9.* Dissent. *Gomes. 1. resolut. 11. n. 11. Clar. in § testam. quæst. 61. Soarez. lit. T. & alii.*

EXERCITATIO DECIMA.

RESPONDENTE

ERASMO HOFMANNO

Goth. Thuring.

THESIS I.

VT variæ sunt infirmandi testamenta causæ, sic & modi dißimiles, quibus infirmatio contingit, reperiuntur. Ex quibus pro instituto nostro præcipuas quæstiones paucis proponemus. Et primum de exhæredatione & præteritione.

II.

Ex causa exhæredationis vel præteritionis, rescissa institutione, legata & fideicommissa debentur.

Novell.115.c.3.in fin. Auth.ex causâ. C.de lib.prat. Et probat mens & ratio *Iustiniani* Ea enim sola mens ejus fuit, à parentibus & liberis injuriam præteritionis & exhæredationis auferre. *d. Nov.115.c.3.* Atqui fit injuria filio præteritio vel exhæredato saltem quoad institutionem: Ergò meritò in ea parte, in qua peccatum est, testamentum annihilatur. Neque de exhæredatione quisquam dubitat: Sed de præteritione disquirunt. *Alciat.4.parergy.9. Cujac.in l 17.de injust rupt.*

Moventur, quod *in d c.3 in fin.* Justin. de exhæredatis tantùm liberis loquitur, nihil verò adjicit de liberis præteritis. Semper autem hæc regula interpretationis est tenenda, ut quod specialiter legibus posterioribus expressum non est, id veterum cōstitutionum regulis relinquatur *l.præcipimus. C.de appell.* Nec quicquam, *dicunt*, efficit, quod *in d. Auth.Ex causa C.de lib. pret.* præteritionis mentio fiat. Illæ etsi instar legum habentur (quod notādum) fidem tamen certam & indubitatam non merentur. Multa enim iis adjiciuntur, quæ in ipsis constitutionibus non reperiūtur: non pauca sunt, in quarum verbis non leves errores continentur: in plurimis ea omittuntur, quæ omitti non debuissent. Atq; ita in hac *Auth.* earū collector *Irner.* verbum *præteritionis* addidit. Quod an verum penitius *Nov.* introspicienti apparebit. Nā *in fin.d.c.3.* jubet testamentum irritum esse, si priora, de quibus locutus erat, observata non fuerint. Proposuerat autem initio non tantum de exhæredatis liberis, sed etiam de præteritis. *in pr. d.c.3.* quod ipsum evidentius apparet *ex d. Nov.* subjecta ratione. Dicit enim *Imperator*, se prædicta statuisse, ut à liberis omnem injuriam auferret. At parens in testamento majorem infligit filio injuriam, si eum falsis criminationibus exhæredat, quàm silentio eum præterit, verbisque non lædit. Si itaque ubi major est injuria, legata debentur, utique æquissimum est, plus tribui voluntati testatoris, & legata sustineri, ubi minor est inju-

ria; Nec hac in re injuriâ aliquâ se affici filius conqueri potest, quia legata & fideicommissa singularia relinquere potuisset parens, licet filium hæredem scripsisset. 1. Opp. *l. 17. ff. de iniust. rupt.* R. ita observatum fuisse jure veteri, sed aliud jure novo introductum esse. *d. Nov. 115. c. 3.* 2. Obst. quod neque ex testamento, nec ab intestato peti possunt. Non ex testamento: quia illud inutile redditur propter exhæredationem vel præteritionem filii. Sed nec ab intestato: quia testamento relicta sunt. R. peti ex testamento. Id enim expressè cautum est in *d. Nov. 115. c. 3 in fin.* Nam licet testamentum quoad institutionem irritum est, ratione tamen legatorum & fideicommissorum subsistit. Sed insto; Nemo pro parte testatus, & intestatus decedere potest. *l. Jus nostrum. ff de R. J.* R. Regulæ isti locum esse, cum ab initio pro parte testatus, & pro parte intestatus decedit. In nostro autem casu ab initio de omnibus bonis suis testatus est. Sed ex post facto, nullo pronunciato testamento, pro parte testatus, sc. quoad legata, & pro parte intestatus. sc. quoad institutionem, decedit. Et hoc fieri posse constat ex *l. nam etsi. §. fin. ff. de inoff. test.* Donell. *ad d. Auth. ex causa. C. de lib. prater.*

III.

An exhæredatio hodiè tantum ob 14. causas fiat?

Recitantur à *Justin. in Nov. 115. § aliud quoq;* In quo inspiciatur instituti ratio, & ipsa verba. Olim siquidem non nisi meritis de causis exhæredatio fieri poterat. *l. cum ratio. ff. de bon. damn.* Sed non erant certæ; verum pendebant ex arbitrio centumvirorum (unde varietas illa judiciorum, quibus testamenta rescindebantur, teste *Valer. Max. 7. c. 8.* de rescisl. testam.) proinde variæ incertæque; quarum aliquæ nec dignæ ad ingratitudinem erant, quædam dignæ, sed prætermissæ. Ideò inquit *Justinian.* necessarium esse duximus, eam *nominatim* præsenti lege comprehendere; ut *præter ipsas* nulli liceat ex aliâ lege ingratitudinis causas opponere, *nisi quæ hujus constitutionis serie continentur.* Quibus verbis quæstio nostra consopita videri posset, nisi Interpretum extensione aliæ admissæ essent contra & præter mentem *Justin.* qui disertè prohibet alias ingratitudinis causas

præ-

præter 14. in d. Novell. relatas admitti. Et certè quid erat speciali causarum enumeratione opus, si licita hîc erit extensio? Aut, in quo veterum altercatio sublata est, si adhuc alias licet assumere? In summa sic colligo; Causæ expressio certa esse debet, quia forma exhæredationis in expressione causæ consistit. Certa autem esse non potest, quæ ex arbitrio cujusque dependet. *arg. l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* Ergò licita extensio non est. Præsertim cum in odiosis & pœnalibus extensio licita non sit, etsi eadem, vel etiam major sit ratio. *c. odia. de R. I. in 6.* Contrarium tamen statuunt communiter Dd. ut videre est ex *Claro. in §. testamenta. quæst. 41.* Quoniam *inquiunt* absurdum esset, & longè à jure alienum, si causa ingratitudinis major committatur, vel similis eis, quæ à lege enumeratæ sunt, eam non eodem jure censendam, quo causæ legibus expressæ. Si itaq; proditor patriæ, si majestatis reus existat, meritò exhæredari poterit. *arg. l. minimè. ff. de Rellig. & sumpt.* R. Exhæredationem idcircò adinventam esse, ut injuria privata parentibus illata vindicetur. Si itaque filius proditor patriæ, si majestatis reus existat, non principaliter patrem, sed patriam & ipsum Principem injuria afficit, & proinde legibus publicis, non privatis pœnis affici necessum est. *Connan. 9. com. 10.* Opp. quod & *d. Novell. 115. c. 3.* decimam quintam causam suggerat, quæ est in filiaf. invitis parentibus nuptias contrahente: Verum dixerim & eam ad secundam causam pertinere, quæ est, de gravi & inhonesta injuriâ. *Fer ea, quæ dixi disp. 2. Exerc. 11. litt. b.* Deniq; opp. *c. 1. § porro quæ fuit prim. caus. amit. benef. in usib. feud.* R. à separatis malè inferri *l. Papinianus. ff. de minor.* Separata autem hac in re est vasallorum & filiorum conditio, quibus votum commune parentum, & ipsa naturalis lex hæreditatem defert. *l. 7. ff. de bon. dam.* Idcirco in filio prohibet *Imperat.* extensionem; In Vasallo admittit Feudista. *in verb.* Sed quia natura, &c.

IV.

Non est sufficiens exhæredandi causa, Quia filius voluit.

1. Quia debet probari ingratus. *Nov. 115 c. 3. in pr.* 2. Quia in his, quę respiciunt juris solennitatem, non attenditur consensus

filii. *l. nemo potest. ff. de legat. 1.* 5. Quia hoc renunciant filii paternæ hæreditati: quæ renunciatio improbatur, *l. qui superstitis ff. de acquir. hæred. l. fin. C. de pact. Gomes. 1. Resolut. 11. n. 14. fol. 152. Vasqui 3. controv. 106. n. 22.* Non itidem sufficiens est causa, quod propria manu filius se exhæredem scripsit. *Per fundamenta superius allegata.* Quibus non obstat *l. non putavit. §. si quis suâ manu. ff. de bon. poss. cont. tab.* Ubi filio sui ipsius exhæredationem scribenti, illam sibi nocere ait JCtus. R. Nocere hanc exhæredationem, non quoad denegandam ei querelam, sed tantùm quoad hoc, ut initio per eam firmetur testamentum, non secus quàm si ab alio scripta esset. *Vasq. d. contr.*

V.

Filius post injuriam patri factam, si reconciliatus fuerit, exhæredatio locum non habet.

Est siquidem exhæredatio ad hunc finem introducta, ut injuria parenti facta, ea vindicetur, utque liberi obedientes ab inobedientibus ea tanquam separentur, & quid præcipui habeant, cum illi obsequiis parentum hæreditatem sibi magis confirmet, hi verò se illâ indignos faciant. Exinde adstruitur, cessante exhæredationis causâ, quæ scil. in injuriâ illatâ parenti constabat, & ipsam exhæredationem tanquam effectum cessare. Adde quod culpæ expressio in testamento facienda sit. At culpa hîc exprimi nequit, quia remissa est, & pro non culpa habetur. Confirmatur & illud arg. à majori ad minus ducto ex *l. 3. §. ult. cum l. seq. ff. de adimend. vel transfer. legat.* Ubi statuitur, si inter legatarium & testatorem inimicitiæ exortæ fuerint, eæque postmodum remissæ, legatum deberi. Ergò multò magis hæreditas filio debebitur, si injuriam parens ei remiserit, cum facilius liberis parentes quid condonent, eosque majori amore prosequantur, quàm legatarios, ut plurimum extraneos, & non tali vinculo iis conjunctos, cum & liberis aliàs ratio naturalis, quasi tacita quædam lex, parentũ hæreditatem deferat, *l. 7. ff. de bon. damn.* Postremo novissima voluntas est sequenda *l. 5. C. famil. ercisc.* At hæc novissima ejus est voluntas, ne filius exhæredetur. Quod licet scripturis doceri

non possit, (& ex hoc responde argumentis contrariorum) tamen quia aliis rationibus doceri potest. *d. l. 5.* nimirum injuriarũ remissione, & talia liberorum merita deprehendantur, ex quibus parentes mitigari possunt. *d. l. 5.* meritò rectè & æquitati consentaneum dicimus, filium ad hæreditatem admittendum esse, cum *Bart. ad d. l. 3. ult. Fachin. 6. controv. 79.* Oppon. *l. filio quem pater. ff. de lib. & posth. l. Lucius 88. ff. de legat. 2.* Sed penitiùs introspicienti minus rectè apparebit.

VI.

Posthumus hodierno jure exhæredari potest.

Olim Posthumus exhæredari potuit. *l. posthumus. 12 ff. de lib. & posth. Inst. de exhæred. lib.* Quod cum hodiè immutatum non sit, cur stare prohibeatur? *Arg. l. præcipimus. C. de appell.* Nec obstat, quo communiter Dd. utuntur; Expressio causæ est de substãtiâ exhæredationis At nulla ingratitudinis causa in ejus persona exprimi potest. Proinde nec exhæredari potest. Cum nec nos illud negemus, expressionem causæ adjici debere. Sed num eâ non adjecta testamentum sit ipso jure nullum, vel per inofficiosi querelam rescindatur? hoc ad quæstionem propius est. Et rescindi debere *Iustinianus* voluit *in d. Nov. 115. c. 3. in fin.* Et siquidem, *inquit* hoc factum non fuit, testamentum *evacuari* debet. Ideoque hac in re separanda est quæstio de testamento nullius momenti, & de inofficioso. 2. Oppon. *l. si quis suo. 33. § 1. C. de inoffic. test.* Ex qua argumentum à majori ad minus desumunt. Si infans exhæredari nequit, utique nec posthumus. Sed illud ostendit *d. l. 33. § 1.* Ergo nec hoc. R. Non dici in eâ lege, infantem exhæredari non posse; sed dictum, non à matre odio patris exhæredari, quod eò pertinet, ut licet mater justam indignationis causam habeat adversus patrem filii sui infantis, per quem mater intelligebat patri suo quærendam esse hæreditatem, tamen per hoc non justè à matre filius innocens condemnabitur: cum si id mater per respectum voluit, ne patri per filium hæreditas quæreretur, possit eum filium instituere sub conditione hac: *Si emancipetur à patre*, ut ita emancipatus patri acquirat nihil. Itaque si contra officium pietatis innocens exhęredatus fuerit, non negat *d. l. 33. § 1.*

quin

quin testamentum valeat, quoad primordialem firmitatem, sed posse justè querelam instituere. At querelæ interatio præsuppo-nit validum esse testamentum. Nam quod ipso jure nullum est, rescissionis non eget. *l. 5. ff. de injust. rupt. irrit. Alciat. 4 paradox. 10.*

VII.

Testamentum, quo præteritus posthumus vivo testatore decedit, valet.

Expressus text. in *l. 12. ff de injust rupt test.* quia neque verè ruptum fuit, nec vires aut effectum habuit ante mortem testatoris. Quamvis enim testamentum, in quo posthumus præteritus est, ipso jure nullum ex scrupulositate dici possit. *d. l. 12.* tamen quia testamentum nihil aliud est, quàm sententia testatoris post mortem, non rectè dicimus in casu nostro testamento posthumum præteritum esse, quia testamentum rectè dici nequit, cum adhuc in vivis sit is, cujus testamentum dicitur, & possit quovis temporis puncto id pro libitu mutare. *l. 4 ff. de adimend legat.* Opponi solet *l. 2. C de posth. hared. inst.* ubi dicitur, posthumo præterito quamvis natus ilicò decessit testamentum ruptum non restitui. R. Videndum, utrum posthumus vivo testatore, vel eo mortuo discedat, ut priori casu testamẽtum valeat, quia tunc ejusdẽ voluntatis usque ad extremum vitæ Spiritum testator præsumitur permansisse; posteriori casu non æque, quia quo maximè vigere debet testamentum; scilicet post mortem testatoris, superstes fuit posthumus, ideoque ejus præteritione omnino ruptum censetur. *d. l. 2. Cujac. ad l. 7. ff. de lib. & posth.*

IIX.

Testamentum nativitate posthumi ruptum, non sustinetur virtute clausulæ codicillaris.

Sic probo: Donatio inter vivos est potentior & firmior eò, quod duorum voluntate nitatur. *l. 2. C. de pact.* quam fideicommissum, quod ex solâ testatoris voluntate pendet. *l. cum virum. C. de fidei com.* At illa nativitate liberorum revocatur. *l. si unquam* juxta communem intellectum. *C. de revocand. donat.* Ergo multò

magis fideicommissum; Præsertim cum hodiè magis ex consuetudine quadam Notariorum, quam peritè, vel ex testatoris voluntate aut dispositione apponantur clausulæ codicillares, quarum efficaciam neque ipsi Notarii, neque testatores intelligunt; atque ideò principalis dispositionis natura ex accessoriis clausulis non debet immutari. *Clement. 1. de prebend.* Neque generalis vaga atque incerta cogitatio, quæ ex adjectione clausulæ Codicillaris colligitur, extendi debet ad ea, quæ quis verosimiliter non statuisset. At verosimiliter nemo extraneum proprio filio præterire voluit. *Aretin. consil. 113. Iason. in auth. ex causa. C. de lib. præter.* Ubi eleganter dicit *clausulam codicillarem nihil operari, ubi est defectus voluntatis.* Quia testator, dum dicit, *si non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum*, enixam suam voluntatem ostendit super iis, de quibus tempore testamenti cogitavit, non super ignotis: Clausula codicillaris tendit ad conservationem voluntatis testatoris. Sed non entis nullæ sunt qualitates. *l. ejus qui 41. §. quod si stipulatus. C. si cer. petat. l. si servum. §. 1. ff. de action. empt. vide Iul. Clar. in §. testam. q. 46. n. 2. lum ibid. citatis.*

IX.

Testamentum jure civili infirmum non eodem modo jure prætorio infirmatur.

l. filio. 16. de injust. rupt. irrit. Prætoris siquidem testamentum non requirit filii institutionem vel exhæredationem, sed septem tantum testium signa. *§. 2. Inst. de testam. l. 2. C. de bonor. poss. secund. tab.* Ob præteritionem igitur filii testamentum, si nullum sit, adhuc jure prætorio subsistit. *argum. d. §. 2. & l. fin. in pr. & circa fin.* in verb. Stare *C. de lib. præter. l. 19. ff. de bonor. poss. ff.* Sic de jure civili per diminutionem infirmatur testamentum, *§. alio autem modo Inst. quib. mod. test. infirm.* De jure prætorio non item. Opponitur *l. qui ex liberis. 11. §. testamento. ff. de bon. possess. secund. tab.* Cui respondet *Viglius ad §. non tamen per omnia Instit. quib. mod. testam. infirm.* In Priori Casu Non Referre Putamus, Utrum Extranei, An Filii Simul instituti Fuerint. Cui non adversatur, quod JCtus in *d. l. filio 17.* mentionem tantum fratrum faciat, quasi in extraneis aliud constituendum sit.

Nam

Nam,ut rectè *Faber 1. conject. 19.* ait, inde non rectè concludes, aliud existimasse *Papinianum in* extraneis institutis,de quibus tamen non loquitur; Quia in fratribus ex facto acciderat id, de quo consulebatur; cùm ea Lex sumpta sit ex *Papin. libro 6. responsor.* Opponitur insuper *l. 12. ff. de injust. rupt.* Ad quam vide eundem *Fabrum.*

X.

Prius testamentum plenius tollitur nonnunquam per sequens non æquè perfectum.

Ut si prius testamentum puram contineat institutionem, & posterius conditionalem, tum illud per hoc resolvitur. Obstat quod purè emi, si sub conditione rursus emam, nihil posteriori emptione agi. *l. si id quod purè ff. de rescind. vendit.* R. Aliud in contractu emptionis, aliud in testamentis considerari. Cum enim quod purè emi, rursum sub conditione emam, illud emo, quod semel meum est. Quod idem in hæredis institutione unius & ejusdem dicitur. *l. si te solum 27. §. 1. ff. de hered. instit.* Sed in testamento aliud est; licet enim prius purum sit, tamen quia ultimam & posteriorem defuncti voluntatem consideramus, & testamentum conditionalem institutionem continens, perfectum nihilominus per omnia habeatur, meritò conditionalem primã institutionem enervare statuimus. *Clariss. Vigl. ad §. posteriore quoque. n. 5. Inst. quib. mod. test. infirm.* Sic etiam testamentum paganicum per militare tollitur. Quod posterius etsi non sit factum ritè, est tamen factum jure. *Vult. ad d. §. posteriore. n. 4.* Tertius casus extat in *l. 2. ff de injust. rupt. irrit.* Et *l. hac consultissima. §. final. C. de testam.* Ubi prius testamentum ritè factum rumpitur per posterius imperfectum: Scilicet si in eo instituti sint ii, qui ab intestato venire possint. Et hic casus unicus est *(inquit Vult. d. loco.)* in quo ab imperfecto testamento tollitur. Quod *communis Dd. Schola* exaudit, Si ideò imperfectũ, quod testium signationum subscriptionumvè solemnia prætermissa sint. Nam si filius præteritus est atque adeò sequens testamentum nullum est, tametsi qui ab intestato veniunt in eo hæredes scripti sint, non rumpi statuitur. *De quo vide, quæ disputat. d. loco Viglius.*

XI.

Rescinditur testamentum querela inofficiosi, qua non jure Civili, ut Cujac. *non jure prætorio*, ut Vultejus, *sed moribus introducta est.*

Non jure civili: per *l.8.in pr.ff.de bon.poss.cont tab* ubi exhæredatione notati jure civili testamenta parentum non turbant. Qua unica lege *Cujacii* sententia reprobatur, qui eam juris civilis esse putat. *lib.2.obs.21.& lib.14.obs.14.* Movetur inscriptione *l.4.ff.de inoffic. quer.* Sed argumentationes tales ab inscriptionibus duci non debere. *2. disput.* monuit D *Alberic Gentilis*, quod vel maximè in proposito dicendum: Cum legis ejus inscriptio in *Pandect. Florentinis* omissa sit, ac proinde meritò suspecta, ut vel inde rectè nulla argumentatio duci possit. Neque certa est probatio *Gajus ICtus ad L. Gliciam scripsit*, in eoque commentario querelę inofficiosi mentionem fecit; Ergo ex lege querela inofficiosi introducta est, Cum mihi pari modo argumentari liceret: In Edicto Prætoris fit mentio commodati; Ergo id ex jurisdictione Prætoris descendit. Potuit enim querelæ anteà introductæ vel à *Gajo*, vel etiam in ipsâ lege *Glicia* saltem incidenter mentio fieri. Convellit & hanc *Cujacii* conjecturam, quod querela detur emancipatis jure civili incognitis. *l. 6.ff de bonor. poss.* Et quod nullis certis personis ab initio querela fuit permissa *l. 1.ff.de inoff. test.* NON ETIAM JURE PRÆTORIO. Quoniam Prætor hæreditatem nec dare potest, nec adimere §. *quos autem. Inst.de bon poss.* At hæredi per querelam adimitur hęreditas. *l in substitutione ff. de vulgar. & pupill subst.* Erg, &c. Unde jam apparet *Vult* sententiam satis tutam non esse, existimantis, querelam hanc tàm jure civili, quàm Prætorio introductam esse, *ad pr Inst h.t.* MORIBUS IN[illegible] INTRODUCTA EST, cum plures juris Romani species non reperiantur. Cœperant enim homines sine jure certo queri apud Judices de inofficiosis testamentis, qua querela admissa cœperunt tra testamenta rescindi *Valer. Maxim. 7. c 7.* Postmodum facta abierunt in mores, donec legibus tandem & constitutionibus confirmata sint; Idque locis quam plurimis comprobari potest *ad l. in*

pr.

pr.ff.de inoffic.test. dicitur; *& obtinere assidue soleant.* Ibi particulæ *assiduè & soleant* satis manifestè factum potiùs, quam jus coarguunt. Sic & in *l.24.Eod.* Ulpian. ait, circa inofficiosi querelam EVENIRE PLERUNQUE ADSOLET, ut in unâ atque eadem causâ diversæ sententiæ proferantur *Don.19.comment.4. Chiflet.in tract. Port.c.4.*

XII.

Querelæ inofficiosi usum etiamnum hodiè in lineâ ascendenti vel descendenti agnoscimus.

Nobis laudabile erit, inquit *Vasq 3.illustr.controv.n.16.* veteres Leges summis vigiliis, maturaque cogitatione latas atque inveteratas ab imperitorum calumnia, rudiq; interpretatione tueri. Quod & in proposito valebit. Quis enim saltem legum specialium, omitto integrorum juris titul. admitteret correctionē quæ non expressè ex verbis colligitur? *arg.l.sancimus.C.de testam.* At in *Nov.115.c.3.* nullum verbum de sublatione inofficiosi querelæ; nullum verbum, quod veteres leges de iis loquentes, sint sublatæ invenitur; per consequens nec nostrum est illud assumere. *arg.l.8.ff de Public.in rem action.* Et quis superbum *Justiniani* Spiritum nescit? Qui vel minima innovando prolixis verborum encomiis illa inculcat. Contra morem sanè hunc integrum de inofficiosi querelâ tractatum abrogaret. Sed videamus, quæ argumenta ex ipsa *Nov.* ad infringendam communem opinionem proferri queant. Primum illud sit: Imperator *in d.Nov.c 3. in fin.c. 4.in pr ait.* Testamentum in quo à se constituta servata non sunt, evacuari & rescindi debere: Quod autem evacuatur & rescinditur, necesse est aliquando substitisse. *l.5.ff.de just.rupt.irr.* Alterum argumentum est in *d.c.3.verb.sive igitur.* Ubi ait, se hanc pœnam constituere tantum, ut liberis consulatur, ne quam patiantur injuriam falsis accusationibus, aut circumscriptione parentis. Ergo quæcunque ratio est ex jure veteri, qua ex his causis testamentum infirmatur, & consulitur liberis, si hanc servamus, legi *Justiniani* satisfactum esset. Tertium ex eodem defluit. Quemadmodum *Justinianus* voluit, his pœnis consultum esse liberis:

Ita

Ita quoque voluisse consultum solis liberis: contra sententiam ejus igitur novam aliquam testamenti infirmationem inducere, qua consulatur aliis quã liberis, eoq; nec infirmatio admittenda est. Collectio est *Ulpiani* in re simili in *l.3.§.sed utrum.ff.de minor.* Verum communiter Dd. *Wesenb. in parat. de inoffic. test. n.7.* ita ab enumeratione partium argumentatur. Aut causa exhæredationi adscripta incerta est, aut certa. Si certa sit, non rumpitur testamentum, sin certa causa est & injusta, & non ex causis commeratis à *Iustiniano*, non valet testamentum: Si justa & certa, & ex causis à *Iustin.* relatis, aut probatur, & tunc valet testamentum: aut non probatur ab hærede, & non valet. Sed nihil ineptius est ea collectione ad probandum id, ad quod inducitur: quin potius evidenter contrarium innuit, quod sic ostendo. Si causa justa est, ex communi Dd. sententiâ repelletur filius; Sed negabit eam filius justam esse, per quod remedium? anne per inofficiosi querelam. Utique. Sic ponamus causam exhæredationis injustam ascriptam esse: per quod remedium injusta causa apparebit: Anne ipso jure: Est illud contra *Iustin* qui in *d. c.3. §. sive igitur. & in §. hæc autem* statuit, testamentum *everti, evacuari, rescindi.* Quæ omnia non rectè STATUERENTUR, si ipso jure nullum esset: Quin imò, si causa injusta sit, & filius verecundiâ paternâ impugnare testamentum noluerit, annè testamentum ipso jure nullum dices? ex Dd. traditione illud omninò necesse est. Atque ita contra mentem testatoris & filii hæreditatem ad alios deferes, & testatorem, cui & filii voluntas accedit, intestatum non testatum decedere facies, quod est contra omnes LL. quę tantopere defunctorum voluntatibus favent. Vid. *Duaren. in com. de inoff. test. c. 3. Donel. ad auth. ex causa. C. de lib. prat. Vigl. ad pr. Inst. eod. n. 4.*

XIII.

Militare testamentum nec jure novissimo subjacet querelæ inofficiosi.

De jure veteri res omnis certa est, per *l. de inoff. C. de testam. milit. l. ult. C. de inoff. test. l. si instituta. §. de inofficioso & l. 8 § Papinianus ff de inoff. testam.* Sed dubium illud de jure hodierno propter *Nov. 115. c. 3.* Quæ cum generalis est, & militum testamenta includi cõmuniter *Dd.* voluerunt. Jul. Clarus *in §. testamentũ q. 4.*

Co-

Covar. *in c.quia nos. de testam.* Sed contrarium, post Romanum & Jason. *in l.sicut.C.de testam.* Viglius defendit. Ut & Fachin. *6. controv. 74.* qui negat eam *Novell.* de militibus loqui, quorum singulare jus est, quod generali correctionis dispositioni de aliis parentibus non subjacet, & constat *Nov.* de iis duntaxat loqui personis, quas citra ingratitudinis causam exhæredare non licet. Quamobrem de militum filiis non potest intelligi, quos constat citra ullam causam à patre exhæredari potuisse *l.final C. de inoffic.test.* Et sanè si de militum testamentis *Nov* eam intelligi voluisset *Imperator*, haud dubiè more suo id verbis expressisset. Sed in tota *Nov.* nullum verbum est de militari testamento nullum verbum quod veteres LL sint sublatæ. Ergò in vigore intelliguntur. *arg.l.præcipimus.C.de appell.l.sancimus. C.de testam.* Quod autem communiter urgent, *Nov.* loqui de filiis, iis sc. non licere parentes suos præterire. In Rebus, In Quibus Habent Testandi Licentiam: Et hoc tantum in rebus castrensibus vel quasi esse: Ergò & de militum testamentis rectè eam accipi posse. Responderem id procedere, cum jure communi testantur, secus si filiusfamiliàs occupatus sit in expeditione vel castris, & jure militari testamentum faciat: Quod tunc voluntas ejus, quoquo modo inventa fuerit, rata erit: *In pr.Inst. de milit. test.* nec solennia institutionum requiruntur. Secus enim si dixerimus, tollemus omnia militaria privilegia: quod durum est, *& disp.7. probavimus.*

XIV.

An petitio hæreditatis cum querelà possit cumulari?

Affirm. *l. 20. h. t. l. 24. C. eod.* Quod non ita exaudiendum erit, quasi querela nihil aliud sit, quam petitio hæreditatis. Differunt enim à se invicem, ut actio ad exhibendum à rei vindicatione, *l.8.§.si ex causa 16.l nam etsi.15 l.17.in pr.ibi:rescisso testamento. l. 25. §. 1. ibi: pro parte rescindere h.t.* Quod eleganter confirmat *Paul.4.sentent.lib.5.* ibi; qui inofficiosum dicere potest, hæreditatem petere non prohibetur. Quod comprobat *d.l. 20.* ibi: nec ullam aliam exercere, quam hæreditatis petitionem *h.t.* Adde quod querela contra eum intentetur, qui justè possidet, utpura

adverſus hæredem ſcriptum. *l.1.C. de inoffic. teſtam.* Petitio autem hæreditatis contra eum datur, qui nullo jure poſſidet. *l regulariter.ff. de petit. hæred.* Verum per querelam evacuato teſtamento petitioni locus ſit, utpote nullo Jure hæreditatem jam poſſidens atque ita omnes leges accipi poſſunt, quæ quærelam inofficioſi teſtamenti ſpecialem hereditatis petitionem eſſe dicunt, contra *Connan.9.comm.28.*

XV.

An adverſus patris teſtamentum admittantur naturales, legitimis liberis & legitima uxore deficientibus.

Adfirm. *Cujac.* in *Nov.18.* Quoniam eo caſu ſuccedunt patri in ſextantem æquis portionibus cum matre dividendam *Novell.18.& Novel.89.* Cui alii contradicunt, quia lege deſtituimur, & ad argumentum *Cujac.* reſpondent: non rarum hoc eſſe, ut iis querela denegetur, qui aliàs ad ſucceſſionem ab inteſtato admittuntur. *§.1.Inſt.h.t.* Et confirmat *§.2.Inſt.de adopt.* In tantum, ut à ſucceſſione ad querelam negativè, non etiam affirmativè, argumentum procedat. *Puta*; Non admittũtur ad ſucceſſionem ab inteſtato: Ergò nec ad quærelam. *l.6.§.1.h.t.* Non verò ecõtra.

XVI.

An fratrum filii cum patruis ſucedant patruo per querelam inofficioſi inteſtato facto?

Neg. Quia tunc demum cum patruis ſuccedunt filii fratrum, ubi nullum factum eſt teſtamentum. Nec movet, quod res ad cauſam inteſtati redit, unde dicendum videbatur, ipſos cum patruis ſuis poſſe ſuccedere. Nam reſpondendum, eſt hoc procedere, cum ſimpliciter cauſa inteſtati obtinet; id eſt, cum teſtamentum omninò nullum factum eſt; At verò, cum per querelam quis inteſtatus fit, *cujus teſtamentum antea valuit, atq; is deceſſit teſtatus*, manſiſſetque teſtatus, niſi querela *inſtituta, & ſecundum eam pronunciatum eſſet*, ut ita defunctus non poſſit omninò inteſtatus videri, *Vigl.ad §.1.n.9.h.t.*

XVII. *An*

XVII.

An si transactione finita fuerit querela, & placitis non stetur, instaurari ab hæredibus poßit?

Negat l. 6. C. de transact. Affirmat *l. si instituta in pr. ff. h. t.* Ubi dicitur, causam inofficiosi integram esse. R. integram esse ipsi transigenti, non verò hæredibus *Instari potest*: Querela præparata ad hæredes transmittitur *l. 6. §. fin. h. t.* At præparatam hîc querelam esse negari non potest. Quomodo enim aliàs ad transactionem pervenire potuissent? ℞. Moram quidem esse querelam, cùm ea postea remissa sit, & in illa remissione permanserit defunctus, omninò restaurari nequit. Cùm nihil intersit querelam de inofficioso, non instituere, aut in ea non perseverare. *l. nam etsi §. 1. de inoff. testam.* Donell. *ad d. l. 6.* Fachin. *1. controv. 10.* Duar. *in tit. C. si advers. vendit.*

XIIX.

Cessat querela inofficiosi, si liberis legitima sit relicta, An titulo institutionis? an quovis alio? *Quod placet.*

Quæ sententia nunc arridet. De jure ff. nullum est dubium. *l. Papinianus. § si quibus mortis ff de inoff. testament. l. etiam § si debita. ff. de bon. libert. l. qui filium. ff. ubi pupill. educ debeat.* Sic nec de jure *Cod.* ambigitur *l. omnimodo C. de inoff. testam.* An idem jure *Nov.* dici possit? Quod puto *per Nov. 18. c. 1. Auth. noviss C. de inoffic. testam.* Verum abrogationem *d Nov.* urgent *Dd.* communiter, moti *Nov. 115. c. 3.*)ubi hujus rei inquit *Claud. Battand c. 9. n. 15.* extrema *Dd.* anchora est, & in quo ferrei sunt *Dd.* qui tamen in eam pellecti hęresin, cicadam alâ corripiunt, & in quos hæc erroris faba cuditur) in qua statuitur liberos institui vel exhæredari debere, usque adeò, ut non sufficiat per legatum vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum ipsis debitam legibus portionem relinquere. Sed rectè responsum est à *Forcat. dial. 35.* ita demumquocunque titulo filiis legitimam relinqui posse, nisi exhæredatio præcesserit. Verbi gratia: *Titius Seium* instituit, fili-

um exhæredem fecit, & nihilominus ita dicit: Filio meo exhæredato 200. relinquo. Censeo hoc casu frustra illi 200. reliquisse, & si ejus legitima 200. non excedat, quoniam adeò invisa est exhæredatio, ut nihil deinde proficiat, alio quam institutionis titulo concurrentem legitimæ quantitatem relinquas. 2. Opp. Ea quæ computantur in portionem legitimam, conferuntur. *l. illud. C. de collat.* R. Legatum simplex non conferri. Secus si relictum sit nominatim pro legitima, & inde fit, ut relictum dotis conferatur, quia in legitimam cedit. *L. quoniam nov. C. de inoffic. testam.* 3. Non obstat trita illa ratio; Nobiliorem titulum mereri legitimam, qui non est alius ab institutionis titulo, quia ut id Jure ipso falsum, ita nec jure probatur. At posito: plusculum honoris inesse titulo institutionis: Annè idcirco ex minima ea causa judicia defunctorum suprema labefactanda esse dixeris? Quę publicè exitum habere interest. *Vaud. 1. var. quæst. 5.* 4. Non adversatur, quod de jure accrescendi dici soleat: plus nimirum commodi institutionis titulo consequi filium accrescendi, quā aliis titulis; quia dici potest & inter legatarios jus accrescendi esse. *l. re conjuncti. 79. de legat. 3.* Etsi hac in re plenior est accretio hæręd ū, quàm legatariorum: tamen in aliis rursum plenior causa legatariorum, quam hæredum est, ut pluribus probat *Vaud. d. loco.*

XIIX.

Legitima tolli *non potest*, minui *utiq;*

De veritate hujus quæstionis 200. retro annis à *Dd.* disputatum esse refert *Socin. Senior consil. 150. vol. 1.* Sed nostra hæc assertio ut communis, sic etiam vera apparet *Gail. 2. observ. 122. n. 11.* Quam sic firmo & stabilio. 1. Jus civile ordinem & rationem naturæ prorsus invertere non potest, *l. 1. ff. de usufruct. ear. rer. l. 6. ff. de just. & jur.* Naturalis autem hic ordo est, ut liberi succedant parentibus. *l. cum ratio. ff. de bon. damnat.* Ergò per jus civile is everti nequit. 2. Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur. *l. 10. §. 2. ff. si quis caut. Everhard. in loc. à vi surrog.* Legitima autem surrogatur alimentis. *Nov. 18. §. hoc vos, & § prohibemus.* Alimentorum autem petitio nullo jure tolli potest, cum jure naturali debeantur. *§. 1. Inst. de jur. N. G. & C. l. fin. & tot. tit. C. de alend. lib.* Ergò nec legitima. 3. Addo, Indultum à jure beneficium non est

ali-

alicui auferendum. *c. indultum. de R. J. in 6.* At à jure non solum civili *l. lege. C. de legit. hæred. §. 1. in Auth. de trient. & semiss.* verum etiam naturali. *d. l. cum ratio. l. scripto. ff. und. liberi.* Legitima est indulta. Ergò. Deinde 4. Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt. *l. jura sanguinis. ff. de R. J.* E. nec legitima tolli, quæ jure sanguinis debetur. Dissentiunt tamen non exiguæ authoritatis *Dd.* Moventur, quod Legitima non jure naturæ, sed tantùm lege debeatur. *l. lege. C. de legit hæred.* Ideoq; contrariâ lege omninò tolli poterit *l. de quib. ff. de legib. l. nihil tam naturale. ff. de R. J.* R. Legem quidem imponere necessitatem solvendi legitimam. *d. l. lege.* tamen inde non sequitur juris civilis esse, siquidem & lex civilis imponit necessitatem implendi contractus, inde tamen non sequitur, contractus juris civilis esse. *l. 5. ff. de just. & jur.* Jure itaque naturæ debetur quidem legitima, sed lex civilis hac in re adjuvat, ut jus naturale ad effectum perducatur, idq; per remedia & actiones. Et hinc secundum dissentientes argumentum sumunt hoc modo. Remedia tolli possunt, per quæ hæc legitima petitur: E. & legitima ipsa per rationem, quod sublato medio, sine quo ad extremum perveniri non potest, & ipsum extremum sublatum censetur. *l. scimus. §. fin. C. de inoffic. testam.* R. Non esse bonam consequentiam; licet enim tollantur civilia ista remedia, puta inofficiosi querela, actio ad supplementum, tamen ipsâ naturâ monemur, ut liberis nostris legitimam relinquamus. *§ nō licebit. Auth. de trient. & semiss.* Commune (*inquit Cicer. 1. offic.*) animantium omnium est conjunctionis appetitus, procreandi causa, & cura quædam eorum, quæ procreata sunt, &c. *Paulò pòst subj.* Eademque natura vi rationis hominem conciliat homini, & ad rationis & vitæ societatem: ingenerat inprimis præcipuum quendam amorem in eos, qui procreati sunt; Ipsa itaque natura cùm hîc sit actrix & rectrix, ad brocardicum illud dici potest, illud procedere, cum nullâ aliâ ratione ad extremum perveniri potest, quod in casu nostro apparet. *arg. l. quod si minor. §. fin. ff. de minor.* 3. Opponi potest, quod per legitimam exhæredationem ea tollatur. R. Filium legitimè exhæredatum non computari in numero liberorum, & proinde nihil ei adimi, quia ei nihil debetur. Et hinc cessat ratio naturalis, propter rationem naturalem contrariam fortiorē, quæ habet, quod delicta non debeant manere impunita. *l. ita vulneratus. ff. ad L. Aquil.*

ADDITIO.

Quod autem minui possit, prolixiore haud eget probatione, cum constet, olim aliam, quam hodiè est, quantitatem fuisse, & quota sive quantitas legitimæ est à jure civili introducta; Et sic per consequens rectè alio jure vel consuetudine augeri vel minui potest. §. *final. Instit. de Jur. N. G. & C.* Pulchrè hæc quæstio discutitur *in Decis. Rotæ. Decis. Nov. 1. de consuetud*, Congruit *Constit. Elect p. 3. q. 12.*

XX.

Parentum legitima hodiè ut liberorum aucta est.

Quantitas enim legitimæ olim erat indistinctè quadrans. Jure verò novissimo pro ratione & numero liberorum, vel triens, si quatuor sint vel pauciores; semis verò, si plures. *Nov. de trient, & semiss. c. 1. Auth. novissima. C. de inoff. testam.* Quod an idem dici possit in persona parentum disputatur. Et quidem quod de semisse dicitur, frustra hîc quæreretur, cum tot habere parentes quis non possit. Itaque de Triente omnis dissertatio est. Negat *Vaud. 1. var. q. 50. Claud. de Battand. d tract. c. 4. n. 31.* Ego affirmo per *d. Nov. de Trient. & Semiss. §. hoc observando.* Ubi *Imper.* generaliter ait, se augere portionem debitam his omnibus, quieâ non relictâ de inofficioso testamento quæri olim potuerint. At parentibus quadrantis nomine olim inofficiosi querela non fuit denegata. *l. 15. in pr ff. de inoff. querel.* proinde legitimam parentum esse auctam sequitur. Adde, quod statutum in uno correlativorum, dispositum quoque in altero censeri debet. *arg l fin. C. de indict. viduit. l. fin. ff. de accept.* Cum verò parentes & liberi sint correlativa, sequitur quod in liberis statutum est, idem in parentibus constitutum esse. *d. l. 15.* Deinde, patronis debetur triens pro legitima. §. *sed nostra Inst. de success. libert.* Ergò parentibus quoque maximè cum eorum petitio æquior sit, quàm patronorum *d. l. 15.* Denique etsi in successione prior sit causa filiorum, quàm parentum, tamen non minus piè parentibus, quàm liberis relinquitur. *l. 15. de inoff. testam.* Ex qua ratione ad argumentum *Vaudi* facilè respondere poteris.

XXI. *An-*

XXI.

Anne & fratrum? Cujac. affirmat. *Nos negamus.*

Non enim iis, quâ liberis & parentibus ratione, debetur legitima: libris ex ratione naturali, & parentibus ex pietate. *l. nam etsi parentibus. 15. in pr. de inoff. testam.* Fratribus verò ex merâ Juris civilis dispositione. Deinde cum ea nominatim & specificè mutata non legitur, cur non in veteri forma stare permitimus? *arg. l. præcipimus. C. de appell.* Adde quod *Nov. 18.* disertis verbis proponat, se agere de triente & semisse filiorum. Ergò si non plus in textu, h. e. *ut cum Dd. loquar,* in nigro, quâ in inscriptione, h. e. rubro esse velimus, necessariò dicendnm, legitimam fratrum auctam non esse. Et certè, si *Imperator* in his augere voluisset, non utique subticuisset, & suam ibi aut alibi excussisset voluntatem, suique pectoris scrinium reserasset. Unde cum nusquam id voce traxerit, nec literis nobis consignatum reliquerit, noluisse horum augere legitimam censendus est. *arg. text cum sua ratione. in l. unic. in fin. C. de caduc. toll.* Sed voluntatem *Iustiniani* satis manifestam esse opinantur, cum *Cujac.* plurimi in *d. Nov. 18. c. 1. in fin.* ubi dicit, se omnium augere quartas, qui olim querelam inofficiosi habuerint. At fratres inofficiosi querelam habere probat *l. fratres 27. C. de inoff. test.* Ergò & complementum legitimæ R. Fratres non ipso Jure, sed per accidens, ut turpi personâ institutâ, querelam habere. At Imper. in *d. Nov. 18.* agit de iis personis, quæ ipso jure querelam habebant, ut sunt parentes, filii, nepotes cum similibus.

XXII.

An omni capitis diminutione testatoris testamentum irritum fiat,

Toties testamentum irritum fieri dicimus, quoties extra ipsius testamenti jus personæ testamentariæ, puta testatoris vel heredis aliquid accidit, h. e. si vitium superveniens incurrat, non in testamẽtum ipsum, sed in personam testatoris vel hæredis. Atqui capitis minutione in personam testatoris hoc vitiũ incurrit. Maxima enim capitis diminutio facit servos & peregrinos; media

dia peregrinos; sed nec servi nec peregrini testamenti factionem habent. *l. 1. C. de hered. inst.* Ergò si hi, qui ab initio testamenta jure fecerant, postea fiant servi vel peregrini, testamenta eorum fiunt irrita. Ad eum enim casum res devenit, unde initiũ capere non potest. *§. alio autem modo. Inst. quib. mod. test. infir.* Opponitur: Civilia non possunt ea, quæ Jurisgentium sunt, tollere. *§. ult. Inst. de legit. agn. tut.* Sed testamentum est Jurisgentium, *vide disp. 7. quæ. 3.* Capitis autem minutio Juris civilis. *Inst. eod.* Proinde ea testamentum irritum reddere nequit. R. Majorem procedere in iis, quæ merè Jurisgentium sunt, nec quicquam à jure civili habent. Testamentum quidem est origine Jurisgent. sed tamen forma est à Jure civili: ob quam hic totum testamentum concedit. *Circa minimã capitis diminutionem major est difficultas.* Tres casus distinguendi sunt, in quibus locum habeat, emancipationis, adoptionis, arrogationis. Et quod attinet ad emancipationem, ea vel maximè hodiè testamentum non infirmat, cum hodierno jure per eam capitis minutio non inducatur. *arg. l. ult. C. de emancip. liber.* Olim siquidem emancipati in imaginariam servitutem deducebantur. *l. 3. ff. de cap. minut.* At illa ratio emancipationis hodiè cessat. *d. l. ult.* Proinde & ipsum jus cessare, h. e. emancipatione capitis minutionem non ampliùs fieri verisimile est. Quod & ante hoc jus obtinuisse rectè asserunt, *Vigl. Vult. ad d. §. alio autem.* De adoptione idem statuimus. Nam, ut rectè *Vigl.* ait, si non exit potestatem, iniquum est testamentum de castrensi peculio factum infirmare; & quanquam in adoptantis potestatem transeat, retinet tamen jus in castrensi peculio, nec in eo paterfam. haberi desinit. *l. 6. §. fin. ff. de injust. rupt.* Sola ergò, quæ arrogatione contingit, capitis diminutio testamentum rescindit *l. qui ex liberis. §. testamento. & §. seq. ff. de bon. poss. secund. tab.* Quoniam arrogatione homo sui juris, qui testamentum facere poterat, conjicitur in potestatem alterius, resque in eum casum devenit, à quo incipere non potest. Nec quicquam adversatur. *§. pen. Inst. de milit. testam.* Quia illud in milite singulare est, ut, licet non iterum emancipetur, tamen nova voluntate testamentum ipsius de castrensibus bonis factum convalescat.

XXIII.

Capti ab hostibus testamentum irritum fieri interpretes malè negant.

In captivitatem redactus servus hostium fit. *§ servi. Inst. de jur. person.* Servi autem testamentum nullum esse potest. *in pr. Instit. quib. non est perm. fac test.* E. Unde etiam reverà irritum fieri JCtus docet in *l. si qui filio. §. irritum fit. de injust. rupt.* Cur autem testamentum ab hostibus capti, etsi reverà irritum sit factum, nihilominus valeat, in causa est jus postliminii, & lex Cornelia. Utrumque fictione subsistit, quae veritati opponitur. Quod si testamentum reverà irritum non fieret, ad quid opus esset fictione? At quid itidem, quod Ulpian. in *l. 3. §. 1 ff. de V. S.* statuit; Ejus qui apud hostes decessit, dici hæreditas non potest, quia servus decessit? Utpote quæ sola est civium Romanorum. *§. fin. Inst. per quas person. nob. adquir.* cum definiatur successio in universum jus defuncti. *l. nihil aliud. ff. de V. S.* Atqui servus nullum jus habet, cum capite careat, & jure pro mortuo habeatur. *l. quod attinet l. servitutem. ff. de R. I.* Unde nec peti, nec vindicari potest ejus, qui apud hostes decessit, hæreditas, tanquam ejus, qui apud hostes decessit, sed tanquam ejus, qui dum caperetur, in civitate civis mortuus esset, quod Lege Cornelia introductum est; quæ fingit captum eo ipso momento, quo capitur, mortuum fuisse, quo adhuc erat liber, atque ita non servum, sed liberum decessisse. *§. ejus. Instit. quib. non est perm. fac. test.*

COROLLARIUM.

Possessionem rerum hæreditariarum ne quidem in suum hæredem continuari,

Cum enim possessio animo & voluntate retineatur, voluntasq; finem morte accipiat. l. 4 ff. locat. *sequitur extincto animo voluntateq; extincta, & possessionem extinctam censeri debere.* l. licet C. de acquir. poss. *Proinde possessio, quæ non est, continuari nequit.* 2. *Suitas non plus operatur in suo, quàm aditio in extraneo* l. si is qui pro em-

ptore. ff. de usucap. *At haeredes extranei ne quidem haereditate adita possident.* l.cum hæredes.de adquir. poss. *Ergò nec sui haeredes virtute & potestate Suitatis possidebunt.* 3. *In haeredem id tantum transfunditur, quod est haereditatis.* l.omnia.ff.de R.J. *At possessio non est haereditatis.* l.1.§.Scævola.ff. si quis testam.lib.esse. E. Opp. *Suus heres ipso jure etiam absq; aditione consequitur dominium rerum paternarum* l.11.ff.de lib.& posth. *Ergò & possessionem.* R. *Separata ista esse. Dominii enim translatio non infert possessionis translationem.* l. naturaliter. ff. de acquir.poss. *Cum illud in jure, hac in facto consistat; idq; per fictionem transeat, haec non item, cum fictio locum in ea habere non posit.* l. denique.ff.ex quib.caus.major arg.l.in bello.ff.de capt.& postlim. revers. *Dominiumq; quasi communicatum vivo patre fuit, unde & quasi dominus vivo patre filius esse intelligitur, & mortuo patre idem dominium penes filium deprehenditur. At possessio non item ei communicata est; Ergò nec continuari poterit.* 2.Opp.l.2.§.fin.ff. pro hæred. R. *Eam loqui in casu, quo res donata filio tradita est, atq; ita possessio non ipso jure, sed per occupationem adquisita est. Quam interpretationem juvat illud, quod jure* Digestorum *donatio non perficeretur, nisi vel stipulatione, vel traditione interveniente. At stipulatio hic nulla intervenit. Ergò traditionem intervenisse statuendum est.* 3. Obstat l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus.maj. R. *quod ibi possessionem defuncti conjunctam ad haeredem descendere dicit, non de possessione ipsâ, sed de possessionis effectu, h.e. de usucapione accipiendum est. Ratio diversitatis est quod usucapio capta in haeredem transeat, & sine apprehensione compleatur, possessio non item: quia ad usucapionem complendam satis est, si initio res usucapienda posideatur, in medio & fine interruptam non esse; & id quidem utilitatis causa receptum est, & ut loquitur* l.44.§3 ff. de usucap. *Jure singulari. Nam rigor juris continuationem possessionis sive usucapionis praecisè exigebat. In possessione autem utilitatis causa recipi non potest, quia possessio plurimum facti habet, & sine apprehensione non acquiritur.* l.3.ff. de acquir. poss. *Usucapio meri juris est.* l.bonæ fidei.ff.de acquir. rer. dom.

EX-

EXERCITATIO UNDECIMA.

RESPONDENTE

CHRISTOPHORO Weysen/ Naumburgense.

THESIS I.

Uccessio ab intestato est hæreditatis extra casum ultimæ voluntatis defuncti acquisitio.

argum.l.ultim.ff.de suis & legit. Intestatus dicitur propriè is, qui cum posset testamentum facere, testatus non est. *in pr. Inst h. t.* aut qui fecit, sed non jure fecit, aut id quod fecit, ruptum irritumvè factum est *s.1. Inst.quib.mod.test.infirm.* aut ex eo posteà nullus hæres extitit *l.1.ff de suis & legit.l.1.§.1.ff.si tab.test.null.extab.l si nemo 141.ff de R..I.*

II.

Quæ an propriè sit & dicatur legitima?

Qua in re creditur pugnare *l.lege obvenire 30.ff. de V. S. cum l.3 §.de illo.ff.pro soc.* illa non solum hæreditatem ab intestato obvenientem legitimam, sed testamento delatam legitimam vocat: Hæc verò ab intestato legitimâ solùm interpretatur. Varias variorum conciliationes referunt *Valent.Forst.1.de success c.16. And. Fa.b.6.contr.41.* qui *Accurs.* & communiter Dd. secuti, priorem le-

legem ſecundum latiorem verbi ſignificationem; poſteriorem ſecundum ſtrictam & propriam exaudiunt, quæ interpretatio, ſi cui minus placeat, conſideret nobiſcum, an *Hypp. Rimin aldi in l. un. n 29. C. quando non petent. part.* reſolutio improbabilis ſit, qui putat vim totam conſiſtere in intellectu verbi JUSTA: juſtum (*inquit*) apud veteres quandoque appellatur, quaſi debitum, ut in *l. 2. ff. de in jus vocand.* Ibi juſta mortuo facientem non poſſe in jus vocari dicitur, quæ ideò juſta dicebantur, quod ſacrificia quædam juſtè deberi cenſebantur mortuis. Sic itaque in propoſito caſu *d. l. 3.* proponit caſum ſocietatis ita coitæ, ſi qua juſta hæreditas alterutri obvenerit, communis ut ſiet, quod de quaſi debita hæreditate intelligere neceſſe erit, alioquin enim in incerto penitus collata diceretur: prout regulariter incertitudo vitiat contractum. *l. ita ſtipulatus. 115. ibidem Bart. Jaſ. & alii ff de V. O.* Unde JCtus quærens in *d. l. 3.* quæ ſit juſta hæreditas, utrum quæ jure legitimo, an etiam, quæ ex teſtamento. R. *Et probabilius eſt, ad legitimam hæreditatem hoc tantum pertinere*, quoniam illa plerunq; vel à parente, vel à liberto quaſi debita nobis obvenit. *l. quia plerunq; ff. pro ſoc. l. cum ratio ff. de bon. dam.* quod non eſt in teſtamentaria, quæ etiam in extraneum penitus ignotum transfertur *l. extraneum. C. de hered. inſtit.* Et hinc manifeſta differentiæ ratio elucet, cur non juſta hæreditas ad teſtamentariam pertineat in *d. l. 3.* cur itidem *in d. l. lege obvenire. 130.* dicitur pertineat, quinimò quia lex 12. tab. teſtamentariam hæreditatem confirmat, & confirmans pro dante, ac quod idem in propoſito eſt, pro cauſa efficiente habetur. *l. 6. de jurid.* non etiam impropriè & ea legitima dicetur, ſed quo minus in caſu *d. l. 3.* juſtæ appellatione veniat, *ex ſupra dictis* conſtat.

III.

Cæterum cum jura ſucceſſionis ab inteſtato alia veteri, alia novo jure obſervata ſint, illo omiſſo, hæc in uſu eſſe Juſtinianus *voluit.* Novell. 118.

IV. *Et*

IV.

Et hoc jure universa intestatæ successionis ratio sic distingui potest, ut ea vel jure sanguinis, & proximitatis, vel ratione aliquâ civili deferatur: priori modo, tribus conjunctorum generibus, descendentibus, ascendentibus, & à latere venientibus: posteriori, iis deficientibus, conjugibus & fisco.

d. Novell. 118. in pr. Donell. 9. comment. 1. Forster. 3. de success. c. 7. & 8.

V.

De priori genere quæsitum est, quousque jus repræsentationis se extendat? R. in infinitum.

Generalis siquidem locutio est *in Nov. 118. c. 1. vers. sic tamen.* Generaliter itaque & ea accipienda est. *arg. l. de pretio. ff. de publ. in rem act.* Secundò utor argumento *Justinian. in §. cum filius filiavè Instit. h. t.* æquum est (*inquit*) nepotes neptesque in patris sui locum succedere. At quis non eandem æquitatem in cæteris subesse dixerit: Imò subesse ostendit ICti ratio in *l. cum ratio. ff. de bon. dam.* liberos, *inquit*, naturæ simul & parentum commune votum admittit: si liberos, utique non tantum & nepotes, pronepotes, sed & cæteros. *l. liberorum. 220. ff. de V. S.* quinimò pronepos decedens ante apertas tabulas, transmittit à proavo sibi relictam hæreditatē in suos liberos. *l. un. C. de his qui ante apert. tab.* Ergò multò magis si ipsum repræsentabunt, cum repræsentatio faciliùs, quàm transmissio inducatur. *l. 3. C. de suis & legit. l. emancipata C. qui admitt. ad bon. poss.* Nec quenquam turbet *§. cum filius filiavè. Inst. h. t.* ubi tantum ad pronepotes hoc jus extendere videtur *Justinian.* quia exempli gratia pronepotum meminit: tralatitium verò est,

exempla regulam non constringere. *l. damni infecti stipulatio. ff. de dam. infect. l. 9. §. final. ff. de jur. & facti ignorant.* Fragilis itidem argumentatio ducitur ex *l. si libertus. 23. §. 1. ff. de bon. libert.* cum illud in patronatus jure speciale esse vel ex eo evincitur, quia & nepotem cum patruo concurrere *d. l. 43.* negat; quòd in aliorum successionibus secus esse cuivis constat.

ADDITIO.

An de jure Saxonico obtineat jus repræsentationis? tractat *Gæden. consil. 71. n. 1. & seq.* An fratris filius, una cum patruo succedat patruo de jure Saxonico? Affirm. *ibid Gæd. n. 1.* Negant *Zobel. p. 3. differ. 17. Fachin. diff. 25. ex art. 3. lib. 1. & art. 20. lib. 2.*

IV.

Quo fundamento concludimus, filium primogeniti mortui patruo secundo loco genito præferri, & potiorem haberi.

Mihi videtur (*inquit Alber. Gent. disp. 9.*) in eo residere quæstionis difficultas, si pro filio primogeniti stamus, ut ostendamus, succedendum per eum locum esse, quem ipse primogenitus obtinebat, ad quod sic arguit: aut per illum locum intratur, aut duo erunt primogeniti; sed duo primogeniti esse non possunt. Ergò per illum locum intratur. Majoris connexio sic à me probatur: Successio hæc defertur ex ipsa qualitate primogenituræ, non ex gradus vel ætatis prærogativa. Si itaque secundo genito tribuerimus successionem, tribuimus eam ex qualitate primogenituræ. At hæc qualitas ei per rerum naturā tribui nequit; quoniam ea non patitur, ut duo simul nascantur. Pergo, qualitas semel quæsita alteri auferri nequit. At in proposito qualitas semel nepoti per parentem quæsita est. Unde dicitur, filium patris personam repræsentare; & pro una & eadem persona reputari. *l. fin. C. de impub. & aliis subst.* Ergò. Deinceps sic colligo. Dignitas ordini alicui concessa ei, qui ordinem illum occupat, debetur. *l. 1. §. 1. l. 4. l. pen. §. quibusdam. ff. de jur. immun. l. 1. in pr. l. 3. §. 1. l. 4. §. quamquam. ff. de censib.* quod vel maximè in regali dignitate obtinet. *lib. 2. feud. 1. & 14. §. 1. & t. 19. §. si quis.* Pluribus exemplis comprobavit *Franc. Hotom. illust. quæst. 3.* Denique jura magis sub-

subveniunt de damno vitando certanti, quàm lucrum captanti. Sed filius de damno vitando certat, quoniam spem succedendi in parente radicatam habet, quæ jam ad ipsum transmissa est. Patruus verò de lucro captando laborat, quoniam quod petit, nunquam habuit, ita ut si consequeretur, tanquam merum lucrum ipsi contingeret. Contrarium statuit *Johan. And.* sequentibus motus: jus primogenituræ est privilegium personale. E. ad heredem non transit. R. Elegans pro nostra sententia argumentum est, quod ex conclusione hac sequitur. Ergò nec ad patruum transit, quoniam pars patris in filio remanet, vivit, vigetq; ita ut mortuus dici nequeat. 2. Oppon. Quicquid tempore mortis parenti non competit, nec etiam ad filium transmittit. At jus primogenituræ mortis tempore non competebat. E. R. per inversionem: & ideo non competiisse jus primogenituræ tempore mortis, probandum est. 3. Opponit: In Nepote cessat primogenitura, quoniam patruus ante ipsum natus est. E. & successio. R. Jus primogenituræ non ex persona filii æstimari, sed patris, qui ante patruum suumq; fratrem natus est. Et jus illud primogenituræ in filium transmittit, neq; hac de re in Germania nostra dubitandum est, propter auream bullam *Caroli IV.* Illa enim in dignitate Electoratus præfert primogeniti filium. E. & in regali successione idem statuendum est, propterea quod electoralis dignitas regiæ æquiparetur. *Daniel. Moll. 1. semest. 40. n. 1. Fach. 6. controv. 2.*

VII.

Differentiam suorum & emancipatorum quoad successiones sublatam esse, contra Cujacium *dicimus.*

Ex *l. 12. tab.* intestatorum successiones ad suos hæredes pertinebat. Emancipati verò per emancipationem in numero suorum hæredum esse desierunt. Et per consequens illo jure succedere non poterant. Verùm ex *Nov. 119. c. 1.* hoc immutatum esse constat. *Nulla (inquit) introducenda differentia sive masculi sive fœminæ sint, sive sua potestatis, sive sub potestate sint constituti. Cujac. in d. Novell. 118.* existimat, non agi de sublatione suitatis & emancipationis, sed tantùm agnatorum, quod ut pro confessio accipimus,

&

& tanquam nostræ sententiæ evidens argumentum apponimus, sequens ratio efficit, quia emancipatus est cognatus. *l. capitu. 11. ff. de suis & legit.* Per minimam enim capitis diminutionem desinit agnatus esse, & retinet jus cognationis. *§. quod autem. Instit. de cap. dimin.* Sed instat *Cujac.* rolli edictum novum de conjungendis cum emancipato liberis, quo emancipato bonorum possessionem ejus partis dat prætor, quæ ad eum pertinet, si in potestate permansisset: sed ita, ut ex ea parte dimidiam ipse, reliquam liberi ejus habeant, iisque bona sua conferat. *l. 1. ff. de conjung. cum emanc. liber.* quod ut concedamus *Cujac.* facilè adducimur siquidem ipsi emancipato longè utilius est jure civili ordinario, quàm prætoris extraordinario remedio hæreditatem adire. *arg. l. 1. ff. de Pub. in rem act.*

IIX.

Quid juris circa legitimatos (a) adoptivos (b) & naturales (c) tantùm.

(a) legitimatio hodiè duobus modis fit: aut per subsequens matrimonium; aut per rescriptum principis: Illa hac favorabilior est, adeoq; legitimos efficit & legitimè natis annumerat. *Novell. 76. c. tanta. 2. Extr. qui fil. sint legit.* ideoque cum legitimè natis pariter succedunt. *d. N. 76. c. 2.* Quod An De Feudali Successione Intelligi Queat? Disputatur. Communiter affirmatur, quoniam matrimonio subsequenti omnia vitia præcedentia purgata esse censentur. *Gail. 2. obs. 141. n. 2. Borch. de feud. c. 7. n. 48. Zas. p. 8. circ. fin. Duar. c. 11. n. 7. Vresenb. de feud. c. 6. n. 9.* Verùm ab hac communi dissentit *Herm. Vult. 1. de feud. 9. n. 94.* Qui propositum à nobis argumentum admittit in civili & pontificio jure, non etjam feudali: quod & ante ipsum tradidere *Sonsb. p. 6. n. 72. Hotom. cons. 10. volum. 1.* propter *c. naturales. Si de feud. defunct. cont. sit.* Ibi enim negantur legitimati in feudis succedere. Negato autem genere, & singulas species negari tralatitium est. Verùm ex cómuni sententia *d. c. naturales*, exaudiendum est de legitimatis per rescriptum principis (*qua de re vide disp. nostram feudalem 5.*) quæ legitimatio in hoc altera debilior est, nisi princeps illud expresserit, quod quoad feuda nova indubium est, quia nullum jus agnatis quæsitum est. Verùm in feudis antiquis Stammlehen / in quibus

agna-

agnatis ex pacto & providentia primi adquirentis jus quæsitum est, dubi: est. Communiter affirmatur *Gail.2.obs. 142.n.12.* Potest enim princeps ex legitima causa agnatis jus in spe positum, & nondum planè acquisitum tollere *Vasq illust contr.5.n.1.& 15*. Facilius enim tollitur jus quęrendum, quam quęsitum. *Soc.cons.198. vol.2.* Legitimati quoque per rescriptum Principis in allodialibus tum demũ succedunt, si nulli legitimi liberi extent. *Auth.ită fine C. de natural. lib.* Ideoq; nec statutum fœminas excludens ad hos pertinet. *Gail.2.obs.140.n. 6.* (b) Liberi adoptivi parentibus suis adoptivis, quandiu in eorum familia & potestate sunt, succedunt. *l.pen.C.de adopt.* emancipati non item: semper tamen patri naturali *d.l.pen.* An hinc ergo rectè colligemus: Hodie adoptionem non dissolvere jus naturalis patris? Negavi *disp.2.q.19.* (c) naturales tantum justis liberis & uxore extantib. plane non succedunt iis deficientib. in sextantem hæreditatis, h. e. in duas uncias, easq; vel soli vel jura cum matre dividunt in capita *Nov. 89.c.12.§.4.* Matri verò succedunt unà cum legitimè natis ex SCto Orficiano. *l.5.C. ad SCtum. Orfic.* adeò ut contra matris reliquorumq; per maternam lineam ascendentium testamentum præteriti vel exhæredati querelã intentare possint. *l.29.ff.de inoff.test.*

IX.

Spuriorum nulla est successio. (a) Qui an pro infamibus habeantur? (b) N.

(a) quia patrem habere non intelliguntur *l.23.ff.de stat.hom.* Matri tamen, quia semper certa est, succedunt, nisi persona illustris sit *l.penult.C.ad SCt. Orfic.* (b) & probo, Matris, calamitas filiis nocere non debet. *§.sufficit.Instit.de ingenuis.* Ergo nec Spurio. 2. Honor neque dignitas ejus, qui nihil admisit, impedienda non est. *l.6.ff.de decur.* Et per consequens, &c. 3. Infamiam omnẽ factum seu actiones nostræ pariunt *arg.§.1.Inst. de oblig. ex malef.* At nullum hic factum est, quod spuriũ infamare potest. Etenim ipsis spuriis nulla facti vel nativitatis illegitimæ culpa adscribitur. Quippè ex fornicatione nasci, nõ filii sed parentis delictum est. *c.nasci.56.distinct.l.fin.Cod.de natur. liber.l.6. in pr.ff. de decur.* Si enim Spurii ob id, quod ex legibus improbato coitu nati sint infamium loco habendi essent, consequens foret, eos statim ab in-

eunte ætate, & ab ipsis incunabulis turpes & infames existimandos esse. Cum tamen leges nostræ crudele admodum statuunt, ut infantes omnisque cùm doli, tùm culpæ incapaces peccasse intelligantur. *l. si quis in suo. §. leges. C. de inoff. test.* qui quodcunque vident, ignorant. *l. un. ad fin. C. de fals. monet.* Proinde ubi nulla culpa est, ibi nulla pœna, nulla infamia esse debet. *l. 131. ff. de V. S. l. sancimus. 12. C. de pœn.* Addunt & hanc rationem nonnulli. Infamibus portæ dignitatum non patent. *c. infamibus. de R. I. in 6. l. 2. C. de dignit.* At spurii ad decurionatum adspirare possunt. *d. l. 6. ff. de decur. l. 3. §. spurior. ff. eod.* quem tamen summam esse dignitatem arbitrantur. Quod tamen illustratur ex eo, quod pœnæ loco Christiani ab impiis principibus decurionatui addicerentur. *Cassiod. tripart. histor. lib. 1. c. 9. & 6. c. 7. c. ult.* Videatur omninò *Briss. 4. antiquit. 13.* Quicquid sit, cum in jure universo non prolata sit lex quæ infamiam spuriis imponat, nostrum non erit infamiæ pœnam eis assignare. *arg. l. fin. C. d. t. l. 8. ff. de publ. in rem act.* Etsi non negetur, illis inesse aliquid maculæ, quod scitè auro alchimistico alibi *Bald.* comparat.

ADDITIO.

Johan. Cas. 4. in Sphæra civit. 6. putat, nothos civium numero non esse aggregandos: argumentra eius faciunt contra opinionem nostram 1. A vi naturæ, quæ in nuptiali societate justitiæ studet, 2. Ab incommodo civitatis, quia dato, quod nothi sint cives & honesti, licentia vitæ sequeretur. 3. A decoro, quia civitas famæ nominisque maximam rationem habere debet. 4. A minori. Quia hæreditas ipsis negatur: ergò multo magis civitas; quæ res quoque efficit, ut aliqualiter infamiæ nota insigniti videantur. 5. Ab exemplo civitatum, quæ suis hoc legibus confirmant: Undè & opificum statutis plerisque in civitatibus repelluntur ab opificiis; & contra spurios novissimè acriter disputat *Pet. Hagius. 1. p. 1. q. 21.* sanè inclementia quædam naturæ ipsos præ cæteris hominibus premit, ratione non improbabili, ne promiscuè vagarum libidinum existant sectatores homines, sed ab ea ad infamiam procedere, nimis licentiosa erit consequentia. Vid. *Alciat. 10. parerg. 8. Paleot. noth. c. 55. Menoch. 2. arbitr. Iud. q. 64. num. 17.*

X. Sta-

X.

Statutum tamen ipsis successionem deferens, quoad factum de patre constat valere non sine rationis fulcro apponimus.

Quæ enim per legem constitui possunt, ea & statuto cavere licet *l. omnes populi ibidem Bartol. ff. de justitia & jur.* Verum jure nostro spuriis, æque ac legitimis materna hæreditas defertur. *§. final. Instit. de SCto. Tertylliano.* Excepit *Justinianus* fœminarum illustrium successionem *l. si qua illustris. C. ad SCtm Orfic.* Cur non igitur & iure municipali in patribus idem concederemus? & notum est, cessante legis ratione & ipsam legem cessare. In proposito autem ea ratio est, cur scilicet spurii patri non succedant, quia eum habere non intelliguntur *§. si adversus. Inst. de Nupt.* At hæc cessat in nostro casu, quoniam de patre constare volumus. Contrarium qui statuunt, eo præcipuè argumento moventur, quod contra bonos mores hoc sit, careatque omni æquitate & ratione, quæ maximè legem decent, cum juris præceptum sit hoc, honestè vivere, negarique non possit, quin ex ea re ad lasciviã quis magis alliciatur, quod scilicet ea consueta pœna, & legis severitas vel in parte remittatur. *l. si operis. C. de pœn.* sed ei, optimè hac de re differens *Palaot. tr. de spuriis c. 54.* respondit.

XI.

Sequuntur ascendentes, ad quos, turbato ordine mortalitatis, bona liberorum pertinent (a). Secus quàm Bartolus *censuit; nec enim ulla bonorum distinctio (b) facienda est.*

(*a*) Jura vetera variis modis parentes maternos agnatis transversalibus post posuerunt. *tot. t. Instit. & ff. ad SCt. Tertyll. fin. C. cõm. de success.* Jure verò novo nulla differentia est inter maternæ lineæ parentes. *Nov. 118. c. 2.* (*b*) *Nov. 118. c. 2.* vide *Mynsing. 6. observ. 55.*

XII.

His deficientibus succedunt collaterales.

Unde illa toties divexata quæstio: Si soli fratrum liberi extent, quomodo Patruo succedant? *In capita succedere verius est.*

Olim ita obtinuit *l.1.§.interdum.ff.si pars her.pet.l.2.§. hereditas.ff, de suis & legit.* At illud hodierno jure mutatum non est: Cur igitur stare prohibetur? *l.sancimus.C.de test.* Sic in *l.pen.C.de legit.hered.illo procul dubio observando;ut successio non ad stirpes,sed in capita dividatur.* Et loquitur de successione filiorum fratrum, ut patet *ex verbis præcedentibus. Et mortuo quidem eo, qui patruus quidem est.* Adde quod hæreditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter æqualiterque dividenda est. *l. 2. §. hæreditas ff.de suis & legit.* Cum itaque fratrum filii pari gradu à patruo distent, æqualiter quoque hereditatem inter se distribuent. Quinimò tum demum divisioni in stirpes locus est, cum ad eos defertur hereditas, qui è defuncti stirpe, id est, sobole ac progenie sunt. At fratris filii ex patrui stirpe ac progenie non sunt. Et per consequens nō in stirpes, sed in capita divisio instituetur, atque ita hanc quæstionem *à Theophilo* intellectam esse, arguit *§.bis ita Inst.de legit.agnator success.* Plura habet *Hottom.illust.qq.14.Vand.1.var.q.24.* & cum plurimis allegatis *Fachin. 6. controv. 3.* Præcipua contrariorum argumenta hæc sunt. 1. ex *Nov.118.§.si defunctus.* ubi dicitur; quod fratres & fratrum filii in hereditate patrui succedant in stirpes. R, casum diversum esse. Nam id verum est, quando cum suis patruis & auvnculis ad successionem veniunt. Noster autem casus loquitur, ubi soli sunt. 2. Oppon. Quod fratrum filii avo in stirpes succedunt. R. Hæc diversa esse; avi hæreditatem consequuntur alieno nomine, quasi à suo patre transmissam: qui etiam vivo avo quodammodo dominus fuit bonorum patris. *l.11.ff. de liber. & posthum.* ut non tàm hæreditatem dividere, quàm liberam ejus administrationem consequi videantur. Diversum est, cum fratrum filii succedunt patruo, pater enim eorum in bonis fratris defuncti nullum jus habuit. 3. Opp. *Bart.* absurdum esse, unius & ejusdem hominis hereditatem modò in stirpes, modò in capita dividi. R. illud pro casuum & personarum varietate minimè esse absurdum. 4. Oppon. *d.Nov.118.c.3. in fin.* ubi constitutum est, ut suc-

successio in capita post fratres demum, & fratrũ liberos admittatur. Ex quo constat, quamdiu vel fratres vel fratrum liberi extant, non in capita, sed in stirpes succedi. R. Hoc tùm demũ procedere, cùm unà cum patruis cócurrunt, secus si soli succedant. Cætera *Sunsbecii* argumenta proponit & discutit *d. loco. Fachin*

XIII.

In succeßione agnatorum & cognatorum quousq; graduũ computatio extendenda sit?

Dd. communiter ad decimum usque gradum eos admittunt. Sed tamen ut in infinitum admittantur, veritati propinquius est. *l. 2. §. agnati. ff. de suis & legit.* qui textus de agnatis quidem loquitur, ita ut aliud videatur dicendũ in cognatis, qui usq; ad 6. gradum tantum olim succedebant. *§. fin. Inst. de success. cognat.* ea (*ut opinor.*) ratione, quod cognatio naturalis sit; Ultra eum a. ferè gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur. *d. l non facilè in pr. ff. de grad. & affin.* Verùm quia hodiè agnationis & cognationis discrimen in successionibus *Iustin.* sustulit. *d. Nov. 118. §. nullam. v.* consequitur cum agnatis & cognatos in infinitum admitti. Cur enim propinqui (*ut ait Wesenb*) etiam remotioris gradus non admittantur potius, quàm fiscus alioquin successurus? nec confirmat Dd. sententiam *d. §. fin. Inst. de success. cognat.* Nam quod ibi dicitur, agnatos admitti, etsi 10. gradu sunt: nó eã habet significationem, quasi agnati usque ad 10. gradum tantum admittantur, sed eam admitti, etiamsi longissimo gradu sint, atque ita exempli causa tantum ponuntur. *arg. l. 2. §. agnati. ff. de suis & legit.* Opp. & Brocardicum Dd. quod infinitas in linea recta tantum locum habeat, quia naturalis est descensio, sed non in reflexa seu transversa. *Schurff. cent. 1. consil. 66. n. 5.* R. illud Brocard. ut & alia ejus farinæ; falsa esse, nec adducitur à *Schurffio* nisi in casu feudali, in quo certis casibus obtinet, non tamen semper.

ADDITIO.

De jure verò Saxonico talis successio septimum non egreditur gradum, *per text.* Landrecht. *lib. 1. art. 3. circa fin. ibi*: die Sipp endet sich in dem siebendem gliedt / atque ita respectum habuit ad id, quod *communiter Dd.* volunt, decimo gradu successionem

collateralium concludi. Nam secundum computationem juris civilis ille est in decimo gradu, qui de jure Sax. est in septimo. Siquidem duorum fratrum filii de jure civili sunt in quarto gradu. *l.ICtus.§.quarto gradu.ff. de grad.* Jure verò Sax. sunt in primo gradu, quemadmodum ex *d.art.3.consuet.2.Fachs.diff. Iur civ. & Sax. 30.Reinhard.40.p.1.*

XIV.

Hujus loci propria hæc quæstio est: an pactis dari hæreditas possit?

Aut pactum concipitur de succedendo, vel non succedendo. Priore casu vel paciscor cum ipso testatore, & non valet *l.14. C.de pact.* Ratio redditur à Juliano in *l. stipulatio hoc modo. 61.ff.de V.O.* quia contra bonos mores hæc stipulatio est, & in ea latet suspicio peccati, insidiæ nimirum vitæ, & avaritiæ machinatio. *arg.l.11.C.de transact.l.4.C.de inutil.stip.* nisi inter se duo paciscantur, ut alter alteri succedat; Hic enim non tam pactio futuræ successionis, quàm obligatio conditionalis, si nimirum alter sine liberis præmoriatur, interposita censetur, quæ existente conditione ad tempus conventionis retrotrahitur, & pro pura habetur *l. necessario.§.1.ff.de peric.& com.rei vend. Gail.2.observ.126.n.2.* & maximè in militibus recipitur. *l.licet C.de pact.* Vel est de successione tertii, si indefinitè, ut si qua justa mihi obvenerit hæreditas, valet. *l.3.§.de illo.ff.pro soc.* vel certi, puta Titii, & valet, si consentiat Titius, & in ea voluntate usq; ad extremum vitæ spiritum perseveravit. *l.ult.C.de pact.* corruit, si Titio fiat ignorante, vel invito. *l.9.§.fin.ff.de donat.l.4.C.de inutil.stip.* & valet hîc ratio, quod non entis nullæ sint qualitates, nulla accidentia; Item quod de re, quæ non est, aut existere nequit, pactum inutile fit. *§.1.& 2. Inst.de inutil.stip.* At pactum de viventis hæreditate tale est, aut nunquam eo vivo sperari potest *l.1.ff.de her.vel act. vend.* Posteriore casu, ubi scilicet de non succedendo paciscimur, non aliter valet, quàm si is, qui renunciat, non minus consecutus sit ex hæreditate, quàm alias habiturus est, ut in legitima filii videre est. *l.1.§.si parens ff.Si a parent.qu. man.l.si non mortis.25.ff.de inoff.test.* & cum non ob pactionem à successione paterna excluditur filius sed quia lex ita statuit, ut citra ullam pactioné legitima excludat

que-

querelam inofficiosi. *l.Papin.* §.*si quis. ff. de inoff. test.* Ex generali tamen Germaniæ consuetudine, cui jus Canon. suffragatur renunciatio filiæ valet *c.quamvis de pact.in 6.c.licet de jurej.Mynf.1.obs.36.Gail.2.obs.39.n.27.& obs.147.n.1.* Eleganter *Socer meus D. Virg. Ping.decis.Ien.30.* sed an ea renunciatio præjudicet liberis? Negant *Rol.à Valle.11.vol.1.Wes.cons.11.n.4.17.*

ADDITIO.

Quid a. si filia renuntians cum juramento enormiter læsa sit? dicunt absolutionem dandam ab Ecclesia; quoniam juramẽtum non debet esse vinculum iniquitatis. *Decius in l.fin. C.de pact.* & alios cumulat *Covar.in c.quamvis.c.4.n.3.de pact.in 6.* Contrarium tenuerunt *Joh.de Imola in c.cum contingat.ext.de jurej. Crot.in l.stipulatio hoc modo.n. 22.de V.O.Curt. Sen. consil. 65.* vnd in diesem zweifel halten wir es mit dieser ander Opinion/dieweil dieselbe dem Decalogo proximior, pronuntiant conceptores *consult.const.Saxon.p.1.d.contr.q.4.Vide constit.Elector.p.2.q.35.*

XV.

Circa successionem mariti frequens est cõtroversia: Si statuto caveatur, maritum non posse uxori ultra quartam jure communi debitam aliquid relinquere quocunq; titulo. An idem obtinere debeat in uxore? Nego.

Hanc quæstionem in terminis proponit *Schurff.cent.1.cons.85.n.14.*&ex *Iasonis* autoritate contra nos eam decidit, ea motus ratione, q statutum in uno correlativo disponens, & in alio disponere censeatur. *arg.l.fin.C.de indict.viduit. toll.* Contrariam tamen sententiã, ut veriorẽ, Magnificus JCtorũ ordo in illustri Salana secutus est, *referente Socero meo Virg.Ping.decis.Ien.26.*& meritò. Cõstat enim ex communi nostrorum sententia, statuta stricti juris esse, & verba, prout jacent, accipiẽda esse. *Bart.*&Dd.in *l.non dubium ff.de ll.* Statutum a. in casu nostro loquitur tantũ de marito, & per consequens ad uxorem extendi non debet, præsertim cũ odiosum sit, & favorabilem ultimæ voluntatis dispositionem impediens. *l.1.C.de SS.Eccles.* Plura, qui velit, adeat *D.Virg.Ping.d.lo.*

Ad

Ad objectum rectè dicimus, illud procedere, nî diversa correlativorum ratio appareat. Vide & *disp.14.q.4.* quæ in proposito diametralis appareat. Nam causa finalis statuti procul dubio hæc fuit, ut coërcerentur importunitates & intestationes muliercularum, *arg.l.4.ff.de inoff.test.* quæ nô ita subverentur in maritis, & quotidiana attestatur experientia. Altera ratio est in conversatione familiarum, ne agnati, qui sunt de familia testatoris, bonis ejus privarentur, quæ rursum in uxore non item militat.

EXERCITATIO DUODECIMA.

RESPONDENTE

JOHANNE TULLIO

Burgentricensi Westphal.

THESIS I.

Quid est contractus?

Omissis aliorum definitionibus (*vid. Mozz. de contract. fol.7.*) putamus cum JCto definiri ita posse, ut sit ultrò citroque obligatio. *l.19.de V.S.* Sed contractus non est obligatio, sed causa obligationis, *inquit Mozzius de contr. art.2.n.5.* Verùm dicendum est, obligationem eo in loco poni pro conventione, per Metonymiam effecti pro caussa. *Instabis*, non semper in cõtractu ultrò citroq; obligationem esse, ut in mutuo & aliis videre est. Sed sciendum est, non illud verba illa innuere, quasi utrinq; contracta sit obligatio, sed hoc tantum, ut contractus sit obligatio, quæ ex duorum in idem tracta voluntate consistit, & ad utrumq; contrahentium referuntur, licet uterque nexibus obligationis non obstrigatur. *A. Guiber. c. 8. q jur. n. 15.* Regerunt, ꝙ mutuum & stipulatio in *d.l.19*, actus dicantur, &

contractu ſeparentur; unde colligunt, monopleuros contractus impropriè contractus dici. vid. *Gadd. ad l. 19 de V. S.*

II.

Obligationes non rectè ad actiones referuntur.

Licet contrarium communiter *Dd.* his argumentis docuerint: Quia obligatio gignit actionem, & eſt mater (*ut illi loquuntur*) actionum *l. licet 42. §. ea obligatio. ff. de procur.* & cum ſecundum ordinem naturæ ſit, ut mater filiam præcedat; ideò præmittitur huc de obligationibus actionum tractatus, cum tamen ad actiones pertineat. Sed vitium argumenti ex eò agnoſcunt viri docti, quod & ex dominio, matrimonio, & tutelis actiones naſcâtur. Ut enim ex obligatione actio in perſonam, ſed ex dominio actio in rem naſcitur, cum tamen conſtet, dominium & reliqua nil minus, quàm ad actionum doctrinam pertinere. Sed inſurgunt ex eo, quod in *ff.* obligationum & actionum doctrina conjungatur, vel ut inde non improbabilis conjectura duci queat, ad actiones obligationes pertinere. Sed ſciendum ordinem alium in *ff.* alium in *Inſtit* obſervatum eſſe. *ff.* juxta ordinem edicti perpetui facta ſunt *l. 2. ff. de ſtat. hom.* quod unicum habet præcipuum caput de *Actionib.* Unde in *ff.* unum caput, nempe *Actio*, ad quam omnes tituli & materiæ diriguntur; At in *Inſt.* tria juris ſunt objecta *Perſonæ, Res & Actiones.* Unde & rebus rebus annumerantur obligationes in *in pr. de reb. corp. & incorpor.*

III.

Non etiam rectè ad perſonas.

Contrarium docuit *Vult. 1. diſcept. 16.* Malè, ſiquidem *Juſtin.* propoſitum fuerat jam inde ab initio *l. 2. Inſt.* non de perſonarum jure amplius tractare (pertractatū enim erat *lib. 1.* ut docetur *in pr. Inſt. de rer. div.*) ſed tantùm de rebus & actionibus. At obligationes (*vel ipſo Vult. teſte.*) ad actiones non pertinent; relinquitur ergò ad res tantum ſpectare. Imò ſpectant, ut diſertè ſtatuitur in *§. incorp. Inſt. de reb. corp. & incorp. §. fin. Inſt. de uſ. & habit.* Sed dicit *Vult.* perſonam perſonæ obligari, non rem rei. Ergò obligatio ad jus perſonarum, non rerum referenda erit. Et

certè persona obligatur personæ, non quod propterea obligatio non sit jus rerum, sed potius personarum. Verùm quod propter personale vinculum persona sit obstricta, quippe aliquid dare vel facere hæc persona promisit, & propter hoc adjunctum personæ isti extrinsecus adhærens vel accedens, personalis obligatio & personale, non etiam Personarum dicitur jus. Cum enim ad jus personarum quid pertinere dicimus, hoc simul dicere censemur, illud agere de conditione & qualitate personarũ & differentiis, quatenus liberi & servi, sui vel alieni juris, cives vel peregrini sint, sed tale quid obligatio non statuit. 2. arguit *Vult.* in obligatione unus sit creditor, alter debitor; Hoc autem personarũ, non rerum est. E. R. Hoc argumentum laborare vitio homonymiæ; Nam ambiguitas est in verbis *jure personarum*, quod in quæstione significat statum & conditionem personæ; in argumento circumstantiam ad actum necessariũ. Sic secundum *Vult.* argumentari licet: personæ utuntur fruuntur. E. ususfructus ad jus personarum pertinet, cum nihil in jure sit, quod ab hominibus non expediatur, & hoc est quod JCtus in *l. 2. de stat. hom.* dixit: Omne jus hominum causa constitutum esse. Adde quod in obligationibus non tàm persona, quàm res obligetur, eaque resoluta pro jure contingit liberatio. Sic obligatio non inducitur priùs, quàm convenerit, ut in emptione de precio & merce, in locatione de re & merce, &c. Imò si hoc verum sit, quod *Herm. Vulteius d. discept.* ponit, jura personarum vel rerum inde æstimari, in quod habeatur, ut si jus habeatur in personam, jus sit personæ; si in rem, jus sit rei, & obligatio jus rerum erit, cum & ratione rei absque interventu personæ obligatio consistit, ut in q. contractibus videre est. *l. 46. ff. de O. & A.* & in rem jus habeatur, ut in pignore. 3. Sic disputat *Vult.* obligatio parit actionem in personam non in rem. E, R. Hæc separata esse: quid enim cognationis jus personale (*de quo quæstio concepta est*) cum actione in personam habet? Illud ad statum personæ spectat; Hæc ad circumstantiam circa actum necessarium, h. e. actio in personam dicitur, quia contra certam personam datur, non quod de persona sit Sic pacta alia in rem, alia in personam. Servitutes itẽ aliæ personales, aliæ reales dicuntur, nec tamen inde sequitur servitutes alias ad personarum, alias ad rerum tractatum pertinere.

His

His adde obligationes constitui propter rem, & propter quod unumquodque tale est, illud magis tale est, ut pervulgatum axioma habet.

III.

Obligatio alia naturalis, *alia* civilis *est.*

Coras. in repet. l. si frater à fratre. de condict. indeb. refert, quosdam obligationem tantum unicam, nimirum naturalem statuisse. Civilem verò non substantiam, sed qualitatem qualificantē naturalem putantes. Quorum tamen sententia si vera est, sequitur, civilem per se subsistere non posse, cum qualitas non sit sine subjecto *l. 2. ff de Usufr.* At posse sine naturali subsistere, patet ex obligatione literarum. Imò si textus juris inspiciamus, nec eorum sententia constabit, ut patet ex *l. 16. §. 3. ff. de fide jussor. l. 8. §. 3. ff. eod. l. 1. de novatio.* Viceversa extiterunt, qui naturalem obligationem impropriè obligationem dixerunt, eò, quod ex illa nemo astringatur necessitate solvendi. *argum. l. in vendentis. 13. C de contrahend. Emption.* Quod verum est, si necessitatem civilem intellexerimus, non etiam naturalem, quia qui adstrictus est vinculo juris naturalis, ut ex æquitate naturali id, quod debet, solvat, tenetur. *arg. l. 1 de pact.* Sed obstare videtur *l. naturales 10. ff de O. & A. l. 16. §. naturalis. 4. ff. de fidejuss.* Ubi obligationum naturalium nomine actio competere dicitur; cùm tamen aliàs constat, naturalem obligationem non adstringere, h. e. (ut *Donell. 4. comm. 2.* ait) actionem non parere, sed alios in jure effectus, ut novationis, fidejussionis, condictionis, constituti pignoris, compensationis constituere. Ex sententia *Hottom. 3. observ. 2.* negatio *dd. ll.* addenda erit & legendum: *Si actio aliqua earum nomine non competit.* Sed *Hottom.* adversatur arg. imparium, quo *JCti d. locis* utuntur. Alii distinguunt inter obligationem naturalem civilem, quæ actionem parit, & naturalem puram, quæ repetitionem impedit, quorum sententia jam nigrum lapillum apud plerosque metuit. Aliter *Dionys. Goth. ad d. l. naturales. de O. & A.* qui putat legendum: *non eo æstimantur, &c. Verùm eo solo, &c.* Sed lectio ea constantem non solum *d. l. naturales* lectionem: verùm etiam *d. l. fidejussor. 16. §. naturales. de fidejuss.* displicet; adeoque rectius dicemus, iis in locis obligationem naturalem generalius accipi, non

ſolum pro æquitatis vinculo, ſed etiam obligatione juris gentium, quæ & ipſa jure naturæ conſtat, *arg.§.ſingulorum.& §.vendita. Inſt.de rer.diviſ.* Eſt enim jus gentium jus naturale & natura debet, quem jure gentium dare oportet.*l.cum amplius. §.1.de R.J.*

V.

Obligatio naturalis primæva, ſeu antidoralis, ad certum quid non obligat, nec etiam condictionem indebiti impedit.

Naturalis obligatio, quæ ſolo æquitatis naturalis vinculo nititur, vel ex jure naturali primævo levius, vel ex ſecundario arctius nos obligat: Illa ex naturali affectione ad ἀντίδωρα tantum pertinet: Hæc ex nudo pacto naturali quodam nos obſtringit. De illa quæſtione agimus. Sumatur exemplum ex *l. dedi tibi. 3.§.7 de condict.cauſa dat.* Nunquam enim ullius rei datio obligat eum, qui accepit, ubi non id agitur dando, ut obligetur. *l. non omnis ff.ſi certum petat.* At qui donat, non eſt hoc animo, ut accipientem ſibi obliget, aut ut ſibi quicquam eo nomine reddatur, præter animum gratum, ſed contrà ne quid reddatur; cum ſit hoc animo, ut liberalitatem & munificentiam exerceat *l.1.de donat.* Quare non obligatur donatione, qui accipit. Vide *Donell.12. comm.2.Weſenb.in παρατ. de O.& A.n.5. Soarez. in theſaur. ſentent. recept.l.F.n.160* ubi diſſentientes allegat. Non obſtat *l.25.§.conſuluit.ff de petit.hæredit.l.54.§.1.ff.de furt.* Siquidem qui donum accipit, obligatur, ſed ut dicitur in *d.l.25.* ad remunerandum, quod verbum oſtendit, eum non obligari ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi quid præſtare velit (quoniam remunerare eſt donare) cujus generis obligationes non valent.*l.ſub hac ff.de O.& A.* Non etiam movet.*l.13.l.26.§.libertus l.60.in pr.ff.de condict.indebit.l.10. de O.& A.* quia leges illæ non de primæva, ſed ſecundaria obligatione loquuntur tantum.

VI.

Et ſervum naturaliter poſſe obligari contra Connan.*aſſerimus.*

L.14.de O.& A. Ad jus enim naturale quod attinet, omnes ho-

homines æquales sunt. *l. manumissiones. ff. de Justit. & jur.* Igitur jure servi & obligant & obligantur, adeò ut quod manumissi solverint, non repetant tanquam indebitū. *l. quod servus. ff. de solut. l. si id quod ff. de condict. indebit.* Ratio est, quia in naturali obligatione versatur factum, quod in servos cadere solet. *§. sed factum. Inst. de stipul. servor.* Hæc autem naturalis obligatio non est necessitas solvendi, sed tenetur tamen dominus de peculio jure prætorio, Jac. Cujac. *8. observ. 11.* quatuor casus excipit, quibus servus ne naturaliter quidem obligatur. I. Si intervenerit. II. Si compromiserit. III. Si judicio condemnatus fuerit. IV. Si in judicio jusjurandum detulerit. At in reliquis in personam servilem obligationem cadere affirmat. Verùm illud ipsum negare videtur JCtus in *l. in personam. 25. ff. de R. J.* Sed responsum hoc de civili obligatione loqui, jam ab interpretibus animadversum est: Cum autem juris civilis appellatione quandoq; etiam jus gentium contineatur, addunt interpretes nequidem jure gentium servum obligari posse, cum eo jure servitus introducta sit. Vid. *Johan. Ram. ad l. 22. Ferdinand. Vasq. lib. 1. illustr. controvers. c. 10. n. 16.* Cæterùm contra hanc communem & veram sententiam *Francisc. Connan. 2. comment. 3.* affirmare ausus est, ne naturaliter quidem servum obligari & sic nullam omninò obligationem in servum cadere posse. Primò quia omnes obligationes jure gentium demum introductæ sunt *l. 5 ff. de Justit. & Jur.* & sic nulla videtur esse naturalis obligatio. Deinde à natura vocabuli obligationis argumentatur. Ista obligatio, quæ nos non tenet, nō rectè vocatur obligatio. At naturalis obligatio talis est, quia nullam necessitatem affert, & hoc tantum præstat, ut si volentes ei paruerimus, revocari nō possit, quasi sine causa factum. Unde si à te mihi centum dari, si voles, stipulatus sum, nemo dicet te aliquo modo mihi obligatum esse, ea de re, quæ sita est in voluntate tua cum hæc stipulatio te non invitum alliget, & ita naturalis hujus, quæ dicitur obligationis vinculum, nullum est, nulla necessitas, nullum vinculum. Ergò etiam nulla obligatio. Sed huic argumento satisfactum *in quæst. 4.* Ad primum ex sent. *Johan. Ram. d. l.* responderi potest, contractus quidem jure gentium primum introductos esse, sed tamen obligationem aliquam naturalem rectè dici. Scimus quid *Connan. ad l. 14, de O. & A. & ad l. 13. ff. de*

condict.Indebit. respondeat; sed si quis diligentius eas inspexerit, facilè responsiones eas infregerit.

VII.

Prodigum tamen, cui ipso jure bonis (a) *interdicitur, ne naturaliter* (b) *post interdictionem, etiamsi accedat juramentum* (c) *obligari putamus.*

(a) *l.18.in pr. quæ testam. fac. poss.* Prodigo enim interdictio bonorum ad exemplum furiosi fit *l. 1. ff. de Curat furios.* Furioso autem interdicitur ipsa lege. Ergò & prodigo. § *furioso. Instit. de curat l. 13. ff. eod.* & probant verba *l.12.tab.* à *Cicer. in 2. de Invent. & 3. Tuscul. quæst.* recitata: *Si furiosus existit, aut prodigus, agnatorum gentiliumq́; in eo pecuniaq́; ejus potestas esto.* Æquiparationem istius argumenti (ait *Gædd. de contr. & commit. stipul c. 6. n. 159.*) secundum quid non per omnia procedere; fatemur non per omnia: Sed quid ad argumenti dissolutionem? Secundum quid, id est; secundum casum nostrum procedit, & hoc si probatum non opus de æquiparatione per omnia disp. secundum casum negare videtur, dum ait: *Furioso ipsa natura, non lege administrationem bonorum adimi.* Verum illud: naturam, h. e. morbum animi in causa esse, ut ei per legem bona adimantur. Et hoc in prodigo qui negat, Ulp. adeat in *l his.12 ff. de tut & curat. dat.* Pompon. *in l furiosi.40. ff. de R. J.* & notata à *Gaddeo d loco n.122. & 123.* Sed occurritur nobis *l.1. ff. de Curat. furios. &* § *furiosi. Inst de Curat.* Quibus in locis prætorem vel præsidem prodigo hodie curatorem dare dicitur, quod nihil aliud est (*ut contra sentientes statuunt*) quàm hodiè prætores vel præsides prodigo bonis interdicere. Sed aliud est bonis alicui interdicere, aliud curatorem dare, à *Donell. ad l. 6. n. 10. de V. S.* observatum est. Prodigo interdicitur bonis ipso jure *l.12. tab.* scilicet. At prodigo datur curator à prætore, & hoc est, quod *JC.* dicit in *d. l. 1. Sed solent hodiè prætores vel præsides curatores ei dare, non verò bonis interdicere.* Verùm hæc separata non esse, *Borcholdo* placet, sed inseparabiliter connexa: Nam qui dicit in curatione est, simul hoc dicere censetur, bonorum suorum ei administrationem ademtam esse, quod verissimum

mum puto,sed ad alios nihil. Hoc enim ipsi probandum foret; non antea bonorum administrationem ipsis ademptam esse, quàm in curationem incidunt. Sunt in curatione; Ergò bonorum administratio ipsis ademta est,concedo.Sunt in curatione. E.bonorum administratio ipsis antea ademta non est.Nego Exemplo furiosi,cui ipso jure bonis interdicitur, ut omnes cõsentiunt,sed ei curator à prætore vel præside nihilominus datur. *l.1 §.furiosi.* & eatenus hoc verum, quod illi inseparabiliter cõnexa hæc dicunt sc.si ante dationem curatoris ipsis bona per legem ademta non sunt. Sed urgeri potest,olim *l.12.tab.* prodigo etiam bonis interdictum: Hodiè verò curator prodigo datur à magistratu *d l.1.*Ergò hodiè bonis interdicitur à magistratu. Verùm facilè isti objectioni quis responderit, si in *d.l.1.* illud correctum animadverterit,hoc verò non item,&quod mutatum non est, cur stare prohibetur? *l.sancimus. C.de testam.l.præcipimus.C.de appell.*Sed hactenus *dd.* graviter adversatur *l.10.ff. de Curat.furios.* Sed illi satisfactum optimè à *Donell.d.loc.* Cætera quæ huic sententiæ adversari videntur,nobis contrarius *Johann. Gædd.d.loc.n.141.* collegit,ubi sententiæ plurimos fautores citat.

(b) Ut disertè scriptum est *in l.is cui. 6. de V.O.* Quis enim prodigus, qui neq; tempus, neq; finem expensarum habet,sed bona sua dilacerando profundit. *l.1.ff. de Curat. furios.* & idcirco quoad usum judicii comparari solet furioso.*l.14.ff.de R.J.*Rectissimè; Qui enim rectè nescit uti judicio, per morum insaniam, quid distat ab eo,qui planè nescit uti? Cum in jure nostro perinde sit aliquid non fieri,vel non rectè fieri.*l.1.§.quod si.2.ff.quod cujuscunq; univ.nom.l.quoties.6.ff qui satisdar.cog. Wesemb.§.1.n.7.Instit. de exhared.liber.* & idcircò *Julianus* scripsit,cum per prætorem bonis interdicitur, hac jurisdictione translationem & diminutionem bonorum videri interdictam. *l.Julianus. de Curat.furios.* & certè cur prodigo bonis interdicitur? nonnè ut ei consulatur. At quis ei per indictionem consultum dixerit, si obligationis nexu exemtus non fuerit?si insidiis aliorum expositus sit? expositus est,si obligare se permissum ei fuerit. Nam ob animi morbum quid agat,ignorat, quo contra propria laborare bona, ut de fœminis legitur in *l.4.C.de sponsal.*non incõcinnè dici poterit. Esto,nõ obligabitur efficaciter dices;at saltem naturaliter,quia pro-

prodigo non natura, ſed ſaltem lege bonis interdicitur quæ cum civilis ſit, naturale jus & vinculum illud ex mutua voluntate cõtrahẽtium enaſcens, minimè hac juris civilis ſubtilitate impediri poteſt *arg.* §. *pen. Inſt. de J. N. G. & C.* Sed dicendum, hanc interdictionem non ita civilem eſſe, ut nihil naturalis rationis habeat: quis regulam naturalem *honeſtè vivere* ignorat; quis itidem adverſus hanc peccare prodigum *arg. l. 1. de Curat furioſ.* negaverit? Fuſius reſpondit *Gædd. c. 7. n. 128. & ſeq. d. loco.* Sed obligationem ejus naturalem valdè urget *l. Marcellus. 25. de fidejuſſ.* Ubi pro prodigo fidejuſſor intervenire dicitur, qui intervenire non poteſt, niſi vel naturalis vel civilis obligatio adfuerit *l. 1. de fidejuſſ.* §. *2. Inſt. eod.* Quid dicendum? an cum *Duaren. in d. l. 25.* Marcelli opinionem recitari: Hoc ſi ſtatuerimus anne pugnantiam contra votum & mentem *Juſtiniani* admittimus? vel potius cum *Cujac. ad l. 19. de Uſucap. Anton. Cont. 2. ſucciſiv. lect. 3. Revard. 2. var. 7.* diverſimodè tamen textum corrigemus? Sed à textuum correctione abeſſe nos debere quàm longiſſimè, doctiſſimiquique volunt, præſertim ubi conſtans omnium *Codicum* lectio eſt, & non incommoda interpretatio afferri queat: certè legem corrigere, non eſt ipſam, interpretari, ſed pro lubitu jus novum ſtatuere. Accipimus *d. l. Marcellus* de tali caſu, ubi ex re actio venit, & jure obligati exiſtant, juxta *l. furioſus 46. ff. de O. & A.* ut fuſius *Gædd. d. loco. n. 131.* explicat. Sed huic exceptioni illud adverſatur, quod regreſſum fidejuſſor habeat in caſu *d. l. furioſus ff. de O. & A* quem tamen ei denegat *d l. Marcellus.* Verùm ſalvo aliorum judicio exiſtimo, *JCtum* non quærere in *d. l. Marcellus.* anne regreſſum contra eos habeat, ſed an propter mandatum cum ipſis agere poſſit? Et ad illud negando reſpondet: ea ut opinor ratione, quia in mandato conſenſus ſpectatur. Ad prodigus, furioſus, & ſimiles perſonæ conſentiri nequeunt. Ergò nec ex mandato adverſus eos fidejuſſor agere poterit, ſed tamen quia utiliter eorum negotium geſtum eſt, dicerem, quia hi pro abſentibus habentur, fidejuſſorem negotiorum geſtione eos convenire poſſe.

(*c*) Ubicunque enim contractus à lege prohibitus eſt, ibi nec acceſſio juramenti eum confirmare poteſt. *l. non dubium C. de ll.* At prodigo contractus à lege prohibitus eſt, E. Omitto, quod legis prohibitio per ejusmodi juramentum eluſoria reddi poſſit,

contra

contra *l. cum quis decedens §. Titia ff. de legat. 3. l. 3. §. is autem. ff. ad SC. Macedon.* Quid enim facilius homini tàm improbo, tàm petulanter in res suas grassanti, tàm retractarie in naturalem liberalitatis parsimoniæque honestæ legem impudenter peccanti, *arg. l. 1. de curat fur.* quàm juramentum contractui à se inito adjicere. Hoc si permiseris, una via prohibitum altera concedes. At hoc fieri non debere monet *c. cum quid una. de R. I. in 6.* Addam illud; juramentum tres comites, justitiam veritatem, & judicium habere oportet. *c. Etsi Christus. de jurej. ur.* At prodigo quis judicium tribuit? imò furioso æquiparatur. *l. 40. de R. I.* Et furiosum quoad bona sua exitum facere dicitur *l. 12. ff. de tut. & curat. dat.* Si itaque furioso judicium tribueris, & huic tribues; Si vero ei denegaveris, & huic denegabis. Possem hîc movere, juramentum sortiri naturam ejus actus, cui adjicitur. *arg. l. fin ff. de liber. cauf. l. fin. C de non num pecun. l. 11. §. 2. ff. de jurejur. c accessorium de R. I. in 6.* At actus hic nullus est, & certè si de facto aliquis existit, de jure non existere nemo negat. E. & juramentum nullum erit. Imò si juramentum dolo extortum sit, obligatorium ne sic leges volunt. *c. cum contingat. de jurej.* At hoc extortum dolo est. Aut enim scit eum prodigum, cum quo contrahit, & ei rerum suarum administrationem ademtam esse ignorare non debet. *l. Julianus de curat. furios. arg l. 2. §. 15. ff. pro empt.* aut ignorat, & ignorantia ei hac in parte prodesse non debet. Nam qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus ejus conditionis. *l. 19. de R. I. l penult. ff. ad SC. Maced.* Contrariam tamen sententiam amplecti quosdam *Fachin. 2. controv. 64.* refert. Sed argumenta eorum leviora sunt, quàm ut longiori refutatione egeant. Dicunt omne juramentũ esse servandum, quod non vergit in dispendium salutis æternæ, aut in alterius detrimentum. *c. cum contingat de jurejur.* At juramentum prodigi tale est Ergò videtur obligari. Sed velle mllli probassent: Juramentum prodigi esse juramentum; eo n. probato de cæteris frustaneè disputamus, siquidem suprà satis ostensum est, prodigum propter judicii defectũ jurare non posse. Sed instant ex eo, quod prodigus & minor comparentur. *l si curatorem habens. C. de in integ. restit.* Sed juramentum obligat adultum. *Auth. sacramenta puberum C. si advers. vend.* Igitur & prodigum. Sed argumentum à dicto secundum quid ad dictum simpliciter

non procedere, iidem ignorare nõ debuerunt. Secundum quid non simpliciter prodignus minori non absimilis est, quãtum ad hoc scilicet, ut contrahere non possit, evidenter satis *d. l. si curatorem*. ostenditur. Nec certè in uno aliquo casu æquiparatum, in omnibus æquiparatum existimandum est. Probari hoc & prodigi exemplo potest, qui non uno in loco furioso comparatur; Hæc æquiparatio si per omnia accipiatur, prodigus sibi alios obligare non poterit, quia nec furiosus. Sed æquiparatio hæc prodigi & furiosi quomodo accipienda sit, *proximè præcedenti quæstione* explicavimus.

ADDITIO.

Magna hæc est controversia, sed facilis resolutionis, si modò attenderis, nos loqui de prodigo, h.e. eo, qui neque tempus, neq; finẽ expensarum habet &c. *Ulp in l. 1. ff. de curat. furios.* Nam talem eum esse omnibus & promiscuè cõstare volumus, & quis quæso cerebri sani in eo interdictionem expectaret? si verò dubium sit, utrum prodigus, vel liberalis sit, quoniam hæc res nõ ita facilis est: Nam prodigus ab eo saltem in excessu distat; jam sanè magistratus interdictionem requirimus quo refero, *l. Iulianus. 10. ff de curat. furios. & aliis extraordin. dando. l. patri pro filio. 27. ff. de minor. 25. an cum similibus. Adde Andream Fachin. 2. controv. 63.*

IIX.

An ebrius obligetur? Si tanta sit ebrietas ut exilium mentis inducat, negamus (a) imò & hanc pœnam in delictis mitigare contendimus (b)

Cum n. nulla ratio, nullum vitæ gerendæ rectum consilium nullusq; consensus reperiatur, constat utique eum obligari non posse. *l. 1. de pact.* Nescit enim ebrius quid loquatur, quid faciat nec absimilis est mente capto, prodigo, & infanti, qui contrahere nequeunt. Nam, fœcundi calices quem non contracta in paupertate solutum fecere, cui mentem non dimovere? *c. pen. distin. 35.* Hinc ebrius dormienti similis, vitamq; edormire dicitur. *c. à crapula. de vita & honest. cler.* Inde est quod nec ebrius matrimonium con-

contrahere potest. Cum enim matrimonium solo consensu contrahatur. *l.30. de R.J.* nec in ebrietate consensus sit; per consequens nec matrimonium contrahitur. *c. unusquisq. 22. quæst. 4 c. sanè. 15. q. 1. Wesenb. in π. ff. de ritu nupt. n. 8. (b) l. omne delictum. §. per vinum ff. de re militari.* Non enim ex proposito delinquit, sed impetu quodam, *l. perspiciendum est. 11. §. delinquitur. 3. ff. de pœnis.* Hinc ab *Imperat. in l. unica. C. si quis Imperat. maledix.* constitutum est, ne puniatur, qui de Imperatore malè temulentus loquitur. Quod ex sententia communi ex verbalibus & levioribus injuriis cuivis factis obtinet, modò cum post capulam edormitam pœniteat, nec perseverantia, hoc est judicium animi. *ut ICtus interpretatur in l. 3. ff. de divort.* accesserit. *argum l. 48. ff. de R. I. Wesenb. in π. ff. de injur. num. 4. Iul. Clar. in §. injur. num. 16.* & rectè. Nam si ut *Mimus* dicebat: absentem lædat, qui cum ebrio litigat; imò ebrio plus absit, quàm absenti; cum consentire, animique judicio ob mentis divortium uti nequeat; certè lenius puniendus videtur, non in totum excusandus, quia culpa præcessit casum; Dedit enim operam rei illicitæ. Adeò ut non defuerint, qui ebrios delinquentes duplici pœna afficiendos putaverint, propterea quod principium delinquendi in ipsis ebriis est, cum in ipsorum potestate fuerit ebrietatem vitare, quæ delicti causa est. Hinc *Aristot. 2. polit. c. 10.* refert *Pittacum Mitylenensem.* legem tulisse, ut ebrii, si quem pulsassent majori pœna damnatentur quàm si sobrii id fecissent. Idcirco *Carol. V.* in suis hæreditariis provinciis constituit, ne ebrietas in cædibus, quæ sæpè à vinolentis committuntur, excusationem adferat. *Wesenb. in π. ff. ad l. Cornel. de sicar. n. 24.* & sanè putaverim hac distinctione *Ant. Gail. 2. obser. 110. n. 28.* utendum, qui distinguit inter ebritatem Trunckenheit & ebriositatem Vertrunckenheit / gewonheit voll zu seyn. Ebrietas ex casu quodam; ebriositas verò ex habitu vitioso nascitur. Priori casu quando quis non ex proposito, & industria, sed vini ignorata vi deceptus, inebriatur, homicidium ab eo commissum non punitur pœna ordinaria, quia furioso & mortuo comparatur, & per consequens in eo abest dolus & voluntas peccandi, sine qua delictum non puniri, vel si plectitur mitiori saltem pœna. Veram ac divinā sententiā

Jac. ob. Menoch de arbitr. judic. quæstionib. 2. cent. 5. cas. 324. n. 1. dicit *in leg. 1. § divus. 3. ff. ad l. Cornel. de Sicar. l. absentem. 5. § ult. & l. perspiciendum. 11. § delinquitur. ff. de pœnis* Posteriori casu, quia ex consuetudine sciens prudensq; inebriatur, & pœna ordinaria plectendus erit. Nam ut *Menoch. d. loco. cas. 326. n. 8.* ait, ebrietas affectata dolosa, & pœna gravi digna est, ubi pulcherrima de ebrio quædam tradit, quem *(si placet)* consulere poteris.

IX.

Si iidem nummi mutuo dati restituantur, eritne mutuum? A.

Accidentia n. rei naturam non immutant. At hoc ex accidenti fit, ut iidem nummi restituantur. Unde nec obstat, quod eadem species redditur, cum satis sit ab initio inter contrahentes id actum esse, ut in genere qualitas restitueretur, & contractus ab initio æstimamus, non ex implemento. Idem hoc favore debitoris receptum est, ut nummis mutuo datis uti posset, utq; eosdem in genere redderet. Ergo si vult, poterit eosdem restituere, cum his, quæ pro se introducta sunt, quilibet renunciare possit. *arg. L. pen. C de pact. Vigl. ad l. 2. n. 10. Ibid. Donell. n. 5. ff. de reb. credit.*

X.

Frumento mutuo dato, creditori invito æstimatio reddi nequit.

Mutuum n. damus recepturi idem genus, quod datum est. *L. 2. §. 1. ibid. Alciat. & Zas. h. t.* Sed pecunia & frumentum sunt diversi generis. E. Imò creditori invito aliud pro alio solvi non posse, juris est notissimi *d l. 2. §. 1.* At si pro frumento pecuniam debitor dare poterit, aliud pro alio ei solvere permittemus, præsertim cum in mutuo versetur obligatio dandi non faciendi, in qua æstimatio in vicem rei debitæ succedere non solet *l. ubi. 75. §. fin. l. stipulatione. 72. ff. de V. O.* Nec *Curtii ad d l. 2. § 1. h. t.* sententiam juvat. *l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* Nam ibi præstatur æstimatio quia debitor in mora fuit, atque ita accipe *l. ratio. 3. §. ult. ff. de act. empt.* Nec vales argumentum à contrario sensu ductum, ex *l. si ita 42. ff. de fidejuss.* per ea quæ tradit *Everhard. à Mittelburck. in Top. loco: à contrario sensu.*

XI. Pe-

XI.

Pecunia credita cujus temporis æstimatio sive quantitas spectetur?

Mutatio monetæ alia extrinseca, alia intrinseca est illa materia salva, mutata ęstimatione; hęc ęstimatione salva, mutata materia contingit, utroq; casu secundum eam bonitatem facienda est solutio, cujus pecunia tempore contractus fuit: Id n. agi intelligitur, ut in eadē bonitate & valore reddatur. *l. 3. ff. de reb. credit.* nec ob eam rem, quod æstimatio postea creverit, creditori amplius solvendum erit quàm dederit *l. Rutilia. 69. ff. de contr. emt.* aut si decreverit, idcircò ei minus præstandum erit: Imo supplere debet debitor usq; ad valorem, qui erat tempore contractus. Cum n. pecuniam ideo mutuetur, ut in usus suos convertat, æquissimum erit utique in eo valore reddēdam, quoad manus ejus pervenit, & in utilitatem suam expensa est: quod ita demum verum est, si debitor in mora non fuerit, alioquin videtur debitorem condemnari oportere, quanti plurimi tempore moræ creverit æstimatio. *l. vinum ff. de reb. cred. l. 21. §. cùm per venditorem, 3. ff. de act. emt.* Et hæc paucula è multis placent. Plura qui vult, videat *Mynsing. 4. obs. 1. Gail. 2. obs. 75. n. fin. Soar. in thes. lit. M. n. 202. Hotom. illustr. qq. 15. Fachin. latè 2. contr. 9. Wesenb. in π. ff. h. t. n. 12. Broncl. 2. ἐναντ. 64.* & passim alios.

XII.

Exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium locum non habet.

Accurs. cum communi statuens admittit, debitorem, si paratus sit probare, se nihil accepisse, quæ sententia æquitatis nescio cujus prætextu alibi à me defensa est; sed eam, ut in præsenti impugnem, hæc sequentia faciunt. 1. Quod *Imper. Alex. in l si intra. 8. C. de non num. pec.* omnimodò hæredem, licet pupillus sit, solvere compellit; quod utique rectè non diceretur, si actorem debitor exceptione repellere posset. Idem planè dicitur in *l. in contract. 14. in pr. & §. illo C. eod.* Imò naturali ratione fieri non potest, ut hujusmodi probationis onus quisquam subeat. *l. asseveratio. C. eod.* 2. Sic argui potest, post biennium dicitur debitor literis obligari

in *tit.Inſtit.de licet.oblig.* Ergò & ſolvere compellitur: quod niſi dixerimus, evertemus naturam, & eſſentiam obligationis literarũ atque adeò inducemus probationem, non obligationem ex literis. *arg.l.26.§.2.ff.depoſ.*3. Elegans argumentum ſumitur ex *l.fin.C. in quib. cauſ. reſtit. in integ.* in qua ſtatuitur, ne adverſus minores hæc præſcriptio biẽnalis incipiat, quod fruſtrà ſtatueretur, ſi neque adverſus alios quosvis debitores curat. Finaliter concludimus cum JCto in *l alienationis.28.ff.de V.S.* Non longè abeſſe videri quin alienare cenſeatur, qui per tanti temporis ſpatium ſilet, quod non inconcinnè ex veteri apud Rom. inſtituto confirmatur, qui in multis rationem luſtri habere ſolebant, atq; inde & quinquẽnium ab ipſis huic non numeratæ pecuniæ exceptione præſtitutum fuit. Sed quoniam boni patrisfam, eſt, quotannis ſemel rationem ſuæ ſubſtantiæ inire, rectè viſum eſt poſterioribus ſufficere biẽnium, videlicet ut poſt primùm annum ſubeat rationem ſuæ ſubſtantiæ: in ſecundo verò agere incipiat; quod quidem niſi faciat, rectè dicetur alienari, & pro negligente puniri. *arg. l. 24. ff. quæ in fraud. credit.* Atque hanc ſententiam pluribus cõfirmãt *Duar.ad tit.C.de non num pec.* *Donell ad l.8.eod.* Opponitur doli mali exceptio perpetua eſt. *l.purè. §. ult.ff de dol mal.* At qui pecuniam non numeravit, videtur dolo facere eam exigendo, & conſequenter exceptione doli repelli poteſt. R. ad Minor. creditorem non dolo petere ſiquidem ex Chirographo pecuniam numeratam petit, idque juris authoritate accedente, ut non dolo quicquam hic petat, qui jure petit *l.injuriarum.13.§.1.ff. de injur.l.Gracchus.4.C.ad L.Iul.de adulter* 2. Opponitur *§.item verborum Inſt.de inutil.ſtipulat.* Ubi dicitur, ſcripturæ ſtipulationis ita demum credendum eſſe, niſi adverſarius poſſit oſtendere, ſe toto eo die, quo inſtrumentum conficiebatur, abfuiſſe. Ergò & idem in hac actione dicendum videtur. R. Diverſam eſſe horum cauſam, inſtrumentum de quo ibi agitur, non confectum eſt à promiſſore; At in caſu noſtro littera à Chirographareo ipſo. Inſtrumentum quia alienum eſt, infringi nequit, niſi fuerit oppoſitum. At literarum cauſa obligatio per condictionem repeti poteſt, etiamſi petitio ex illa obligatione à creditore inſtituta non fuerit *l.7.C.de non num.pecun.* 3. Opponitur *l.aſſeveratio. 10.C.eod.* Sed quàm planè ſententiam noſtram confirmet, is facilè

lè perspiciet, qui factæ solutionis & non factæ, & non numeratæ pecuniæ exceptionum oppositiones in *d.l.* penitius introspexerit. 4. Sic opponitur: lapsus biennii nihil creditori adimere potest quàm quod habet, *l. non potest. 208. ff. de R.I.* At biennium solùm tribuit debitori immunitatem probationis intra biennium *d.l. asseveratio. 10. C. eod.* Ergo. Sed dicendum minorem vacillare, siquidem biennium duo tribuat debitori, exceptionem pecuniæ non numeratæ; & huic adjunctũ onus probandi. *l. 3. C. eod. 5.* Tẽpus non est modus inducendæ, vel tollendæ obligationis, *l. 44. §. 1. de O. & A.* & per consequens lapsus biennii obligationem nõ inducet. ℞. regulã procedere, nisi tempus legis authoritate munitum sit, quod in proposito *ex superiorib* adparet, *Wesenb. in π. ff. de O. & A. n. 9.* Exemplo usucapionis, quæ quidem in tempore fundata est, sed ita volente & jubente juris authoritate.

XIII.

Commodàti actioni compensatio opponi nequit.

l. ultim. C. commodat. (quam *Iacob. Cujac. 2. ad Paul. 12.* fugitivam esse putat, & potius ad *tit. C. deposit.* referendam esse; ideoque pro *commodato* legendum esse *commendati.* Commendatum enim nihil aliud est, quam depositum. *l. Lucius. Titius. ff. depos.* Prius repetit *9. observ. 37.* ubi posterius se unquam dixisse negat. Cujus contrarium evidenter, ex *allegato. Paul. loco* constat, sufficit ipsum ad palinodiam redactum esse, ex iis quæ tratradit *eximius ICtus Forner. 2. select. 14.* Ergò neque hoc admittendum, quod putat alieno loco eam collocatam esse, (ut ex sequentibus apparebit.) Quod ipsum & certa ratio probat; Compensatio enim tantum locum habet in quantitatibus, quæ inter se mutuam functionem recipiunt, non verò in speciebus. *l. si convenerit. in pr. de pignor. act. l. 26. §. si verum ff. de condict. indeb.* Commodatum autem consistit saltem in specie. Neque enim potest id commodari, quod usu consumitur. *l. 3. §. fin. ff. h. t.* Speciei verò incerta æstimatio est, proinde neque compensatio ejus admitti potest. Quam ratiocinationem non concoquent isti, qui solum depositum excipi à compensationis jure contendũt. *l. ult. C. de compens.* quasi neq; hoc posterius priore concesso, verum sit.

Imò

Imò compensatio omnib. in judiciis bonæ fidei locum habet, & quidē usq; adeò, ut ipso jure minuatur, vel extinguatur actio. §. *in bonæfidei Inst. de action.* Nunc verò nemo est, qui commendatum sis annumerādum esse negat § *actionum. Inst. de action.* hoc ipsum igitur & nos pro fixo ponimus, inter contractus depositum solum excipi, & in commendato compensationem admitti quo tamen admisso, ne à propositione recedere videamur, res clarius explicanda est. Si tibi commodaverim librum meum valentē 10. Ego postea incipiam tibi debere 10. mihi repetenti librum non rectè objicies compensationem; cùm quia natura compensationis obstet; tùm quia aliàs non tàm in commodato usus & officium, quàm degeneris perfidię pateret perfugiū. At dices ne sic depositum excipietur solùm. Ex *Doctorib.* si quæratur ratio exceptionis, reddent illā, quia in eo exuperantior bona fides requiritur. Sed nescio an eadem vel propè major sit in commodato, cum in deposito nulla est aut esse possit depositarii utilitas; in cōmodato a. cōmodatarii permagna: Quocirca ut sibi hæc cōveniant, & communis respōsionis ratio aliqualiter consistat, casum superiorem nunc sic constituo. Librum tibi commodavi, is periit, succedit æstimatio, quæritur an compensatio admittenda sit? & nemo hoc negabit unquam *d. l. 18. § ult. h. t.* Idem si mihi non concedatur in deposito, nunc contra omnium interpretum sententiā mihi idem largiendū contendo; cùm quia jam succedit æstimatio, cujus compensatio non est prohibita; tùm quia æquum est, ne pluribus distrahantur partes, quæ compensationis æquitas & quidem summa est. *l. 3. de compens.* præsertim cum hoc casu nihil quoq; deponentis intersit. Nisi momentaneam solutionem stolidus quis forsan dicis causa urserit, cū statim restituere necesse habeat, illud idē, quod accepit, & puto æquos fore omnes huic opinioni, si quod obstare videatur ex *l. ult. C. de compens.* amovero Vult constitutio, ut compensatio cesset in deposito, quod & nos volumus, sed quo casu? An cum species vel corpus depositū est? dici hoc nequit; quia sic & commodatū & reliqui contractus excipientur: An cum deposita res interiit? Dd. dicunt, negant superiores rationes: An potius cùm saccus vel argentum signatū depositum sit? juxta *Paul. 2. sentent. 12.* hoc est, talis res, quæ compensationem admittit, ut vinum, frumentum oleum, & similes, quarum

rum rerum etsi in aliis compensatio sit, non tamen in deposito; Idque ob superiorem Dd. rationem. Sed redeo ad commodatum, cui obstat, quod res commodata pignoris loco retineri possit. *l. creditores. §. domus. l. si is qui rem ff. de furtis*, quibus in locis pignoris loco retineri posse rem commodatam dicitur. Sed hoc nihil ad id, de quo quærimus; aliud enim pignus, aliud compensatio: illud quandocunque placet, soluto debito repeti potest, hæc ipsa est solutio, atque adeò nullam repetitionem admittit. *l. 2. de compens.*

XIV.

Depositum in immobilibus consistere nequit.

arg. ex pr. l. 1. h. t. ducto, ubi *JCtus* ait: Depositum est, quod alicui custodiendum datum est; dictum ex eo, quod ponitur. At quis quod immobile est poni, multò minus deponi non posse nescit: ꝗ licet *Gœdd ad l. 110. ff de V. S. n. 3.* non respectu rerum, sed formæ intelligat: Vera tamen ejus consideratio non est, ex consideratione *JCti in d. l. 1. in pr.* facta. Nam JC. ait, custodiam ejus fideicommissam, & addit, custodiam earum rerum, quæ poni possunt. Imò si penitius rem consideraverimus, immobiles res propriè loquendo custodiam recipere non possunt, licet latè possint, quę tamen parum contra vim proficit. *l. 31. de act. emt.* atq; ita à depositi fine exorbitans. Quid? depositum furto amitti & auferri potest. *§. præter. Inst. quib. mod. re contr oblig.* & multis aliis. Sed rerum immobilium furtum fieri non potest. *§. abolita. Instit. de usucap.* Per consequens igitur nec depositum in iis consistere poterit: quia naturam depositi in se non habent: Quod arg. parum urgere videri possit, si non omnes leges, in quibus depositi mentio fit, de mobilibus agerent. *l. 1. §. 8. 9. 22. 29. l. 7. in pr. & passim. ff. h. t.* Nec infringitur ex eo, quod objectum depositi indefinitè constituatur in vocabulo Rei *l. 1. in pr. h. t.* Nam licet Rei vocabulum sit latissimum *l. res de V. S.* tamen hic quod ejus appellatione veniat, ex aliis ll. judicare non difficile est.

XV.

An sola scientia rei in domum illatæ depositarium obliget?

1. quia non est depositum; Nam ad hoc r[illegible] ex-preſſè res ſit tradita cauſa cuſtodiæ. *l.1. in pr h t.* 2. quia depoſi-tum, etiamſi re contrahitur, non tamen c[illegible] prout omnes reales contractus, de quib. in *I[illegible]t. qu[illegible] trah. oblig.* Ita decidunt *Gomez 3. variar. r[illegible].6.n.2. S[illegible] n.9.C.h.t.* quod ita intelligitur, ſi nihil à parte deponen[illegible] ſit: Nam aliàs nihil intereſt, an voluntate depo[illegible] ejus inferatur, an ei tradatur *arg.l.1.§.ſi juſſerim. d[illegible] ego.9.§.3.in verb* quid enim intereſt, inferantur vol[illegible] nium ejus, an ei tradantur. *ff. de jur. dot. Pet.Moz. c.[illegible] depoſit.n.10.* Limitant noſtri illud in nautius, cauponibus [illegible] larius: Nam & illi propter officium aſſumptum [illegible] tenentur. *l.1.§.fin.ff.naut.caup ſtabul.* niſi præd[illegible] que vectorum res ſuas aſſervet, neque dan[illegible] *l.7.§.1.ff.naut.caupon ſtabul.* Hoc enim caſu i[illegible] manſerint in caupona, vel navi, vel ipſi, ut d[illegible] aſſervaverint. *arg.l.ſi fidejuſſ.in fin.ff.qui ſatud. cog.*

XVI.

An propter impenſas, quas fecit depoſita-rius, ut depoſitum conſervaretur, illud retine-re poſſit, donec ei ſolvatur?

Variæ hac de re ſunt ſententiæ: Affirmat [illegible] *reb.18.§.fin. ff.commod.l ſi quis rem.20.* ibi: quidcum [illegible] piam ſit juſta & rationabilis cauſa non reddend[illegible] *ſeſſ.* Cujus ſententia obtinuit, ut ait *Sichar.ad l.11.[illegible]* Ne-gat *Ioh.per d.l.11.C h.t.* quæ vult illico rem redd[illegible] ulla exceptione, ideò an ea non fieret reſtitut[illegible] penſarum admitteretur. R. *Sichard.d [illegible]* quidem [illegible] ſed non procedere in iis exceptionibus, qu[illegible] deponentis; Deponens enim haud dubiè v[illegible] non patiatur depoſitum perire, unde ſi in conſer[illegible] ſas facit, facere videtur voluntate deponent[illegible] Qu[illegible] *ha[illegible]* ſententia generalitate *d.l.11.* confirmatur [illegible] doli non admittitur in hoc judicio; At illa exceptio [illegible] nihil aliud quàm dolum deponentis arguat, [illegible]

refundat sumptus. 2. quia nulla compensatio in hoc judicio recipitur. d. l. 11. Compensatio autem ipso jure minuit actionem. l. 4. ff de compens. quæ actus non est expensarum, cum quiddam regulare sit, ob expensas retineri aut minui non posse. Ergò non quod tutius & æquius, E. nec quod imbecillius admitti debet. 3 Nec quidquam faciunt ll. pro Placentini sententia allegatæ: loquuntur enim in diversis terminis, nec generalitate sua quenquam æquissimo depositi privilegio privare possunt.

XVII.

Pignoribus caveri, sed non satisdari posse verius est.

l. 1. §. 5 l 7 ff de præt stip Satisdatio enim non nisi datis fidejussorib. expeditur. *l. 1. ff. qui satisd. cog. l. 3. C. de V. S.* E. pignora respuit. Adde quod satisdatio fiat, ut adversarium ejus nomine, quod à nobis petit, securum faciamus *d. l. 1 qui satisd. cog.* At securiorem facimus, si fidejussores, nō pignora ei dederimus, quia ex pignoris contractu obligatur creditor de custodia & diligentia, quam fidejussores non requirunt. Pignora enim interire possunt, etiāsi diligenter asservet; fidejussoris verò obligatio non item, quę nec cum morte hæredis intercidit, imò ad quosvis hæredes transit. *§. 2. Inst. de fidejuss.* facilius quoq; à fidejussoribus debitū nostrum consequimur, quia jure veteri omisso principali conveniri poterant. *l. 3. C. de fidejuss.* jure novo non item. *auth. præsente. C. eod.* quam à pignorib. quæ non semper emptorem inveniunt, & nisi varia circumductione distrahuntur. *t. t. ff. & C. de distr pign. & C de jur. dom. impet.* Nec his obstat *l plus cautionis. 25 ubi Dec. n. 3. ff de R. J. l promiss. 21. §. fin de const. pec l. 1. § . Iubet. de collat. bon.* de quibus in disputatione. Adde *Gœdd. de contrah stip. c. 5. concl. 21. n. 298.* Diss. *Wes. in tit. ff. qui satisd. cog. n. 4. Pac. i. ἐναντ. 67.* XIX.

Pignus, quod ex causa judicati capitur, prætorium est.

Pignus prætorium est, quod à judicibus, i. e, Magistratibus datur. *l. 2. C. de prætor pignor.* At quod capitur ex causa judicati, constituitur à Magistratibus. *l à divo. ff de re judic.* E. est prætorium. *Donell. ad d. l. 2 n. 5.* Hinc etiam est, quod *Justinian. Imp.* duas

tantum posuerit species pignoris, conventionalis [illegible] *d.* *l.2.* Unde colligere licet, si quod ex causa judicati capitur [illegible] est; aut erit conventionale aut prætorium. Sed conventionale [illegible] non est; relinquitur ergò prætorium esse. *Conan.com.* [illegible] mus & illud, absq; lege *JCtū* agere non debere. *Nov.* [illegible] quam leges judicialis pignoris mentionem faciunt. [illegible] *fin. de pignor. Conan d. loco.* E. Sed ll. ejus mentionem [illegible] *Cujac. 5. obs. 30.* probare multis conatur. Verum [illegible] optimè à *Donell. d. loco* refutata, quem vide.

XIX.

Antichresis licet præscriptum in jure [illegible] rarum modum excedat, an licita sit?

Clari juris est, in fraudem usurarum stipula[illegible] ctionem nullius momenti esse *l. 26. C. de usur.* A[illegible] gitimum modum non servat, in fraudem e[illegible] fructus ex re in pignus data tanquam usuræ perc[illegible] git fateri, fraudem legem usurariæ fieri. At ill[illegible] in vicem, vel locum usurarum percipi contend[illegible] priori dissimile est. Illud enim veritatem, ho[illegible] nem habet. Cujus rei probandæ causa oritur a[illegible] *ff. in quib. caus. pig. vel hypoth.* Si enim ut usuras [illegible] dixerimus, id consequens est, eos deberi c[illegible] lationis vinculum non posse, cujus tamen [illegible] antichresi *d. l. 8.* demonstrat. Hinc nunc ratio [illegible] scos apparet: Cum enim fructus, sive eventum [illegible] nem spectes, incerti sunt, nihil fit contra l[illegible] provenerint. quia & pauciores alio anno p[illegible] ex regula juris: Cui damnum, eidem & commodum [illegible] debeas. Huic sententiæ tanquam Medusiæ caput [illegible] quod *Cujac.* fortis ille *Perseus* resecat tali ferramento [illegible] mirum *illa. in leg* de tacitâ antichresi: ut & r[illegible] lud subjectum est, testatur non ineptè. Sed [illegible] trunco adglutinare velle *Hotom. 1. obs. 4.* dum [illegible] ticulam: *non:* qui tamen conatus redditur [illegible] *cept. 14.* Rationem diversi juris inter tacitam & expressam [illegible] chresin reddidit *Fab. decad. 9. error. 5.*

XX.

Nulla de alienando pignore pactione adposita, pignus ante biennium recte distrahitur.

Per *l.4.de pignoratit.act.l.7.l.9.l.14.C.de distract.pign.* Neque hæc jura immutantur *l.fin.C de Jur.dom.impetr.* Nam l.illa, *ut Donell.c.12.de pign.recte animadvertit*, non de pignoris distractione, sed dominii impetratione agit. Et certè ad quid tandem creditor rem pignoris jure possidebit, si tàm longum tempus expectare jubeatur? Quid si debitor non solvendo sit? anne idcircò jus suum ante biennium non consequetur? Sententia certè dura, & cum ex correctione ll. pendeat, omninò non admittenda, præsertim cum *Justinian.* initio istius constitutionis proponat, se agere de eo creditore, qui jus dominii impetrare velit, quamobrem istius constitutionis tenor longius porrigi non debet, maximè cum pertineat ad jus vetus & illud æquissimum corrigendum, quod nunquam creditur Imperat. velle, nisi nominatim expresserit *l.si quando.C.de inoff.testam.* Adde *Bronch.1.ἐναντ.98.* Dissent. *Schneidew. & communiter Inst.in §.contra autem Inst. quib. alienar.lic. Cujac.ad t. de præscript. c.21. Wesenb.in π.ff.de distr. pign.n.4. Joan. Zoll.lit P.n.116.in thes.recept. sent. Nagu. p.6.m.1.n.4.*

EXERCITATIO DECIMA TERTIA.

RESPONDENTE

THOMA HOLLETO

Bregâ-Silesio.

THESIS I.

Stipulatio est contractus juris civilis.

Propterea', quod deport[illegible] tineat, jus civile verò amittat. *l.* [illegible] portatus stipulari nequit, *l. 14. in fin. de novat.* 2. [illegible] *l. 1. ff. locat.* Ubi JC. ait; quod sit naturalis & [illegible] cùm fieri nō possit, ut stipulatio perficiatur [illegible] ligitur, stipulationem esse juris civilis, non [illegible] stat ex §. *de constituta. Inst. de action.* 4. E[illegible] *126.* §. [illegible] *h. t.* Ubi stipulatio opponitur mutuo, ita ut si [illegible] ratio pecuniæ, & postea sequatur stipulatio, non [illegible] recessum esse à naturali obligatione; quæ oppo[illegible] momenti, si utrumque illum contractum JC[illegible] risgentium esse. Ne[c] *adversatur*, quod stipulatio [illegible] gua fieri possit. *l. 1.* §. *fin ff. h. t.* Unde [illegible] gentium esse. Hoc enim necessariò ita receptum [illegible] gentium conventionibus, quæ quacunque lingua [illegible] annecti soleant. *Cujac 14 observ. ult.* Cætera, qu[illegible] tur, vide apud *Cujac. ad l. 1. §. eadem. h. t. Gad*[illegible] D[illegible] *Forcat. Dial. 72, in Necyom.* [illegible] pro[illegible] gumentum: Accep[illegible]tione tolli [illegible] pulatio est juris gentium. *l. 6. in fin. ff. de accept.* [illegible]

arg.l.nihil tam naturale.ff.de R.I. Verùm illi argumento abundè satisfactum à *Cujac.d.l.1. §.eadem.*

II.

Et absq; alterius contractus adminiculo subsistit.

l.6.C.si cert.pet. (de qua.vid.omninò *Anton.Fabr.5 conject.10*) & certè ad quid stipulatio prodita? ad quid tam curiosè tradita, si per se sine alterius adminiculo non constaret. Quid si stipulatio per se efficax & firma obligandi causa non esse, sine ulla alia, certè non ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causa oporteret solvi. Sed falsum hoc §.3. *Inst. per quas personas nob. §.1. Inst.h.t.l.2.§.sin.ff de reb credit.l.7.§.quod ferè.ff. de pact.* E. & illud. Quinimò si stipulatio sine alio contractu non subsistat, sequitur eam alicui conventioni subditam firmam permanere non posse ea corruente. *l princip.alis.l.129.§.1.de R.I.* Verùm firmam permanere, etiamsi causa ista intereat, probat *l.3.ff.de rescind.vendit.* Nec his adversatur *l.1.in pr.vers.conventionales ff de V.O.* Cui consentit *Paulus lib.5.recept.sent.tit.7.* dum obligationum firmandarum gratia stipulationes adinventas dicit. Non enim negamus etiam aliis contractibus & pactis frequentius eam accedere, sed non propterea eorum naturam assumit. Quinimò per se firma manet, & ex stipulatu actionem producit *d.l.3.ff de rescind.vend. L.17 l.18.& seq.ff de evict.l.3.C.de [illegible] Sotre [illegible] S.n.2 [illegible]* R S.Dissent. *Cujac.ad d.intent. Paul.lib.5.tit.7.in pr. C[illegible]an 5.comment.9.n.7.Loriott.in tit.de pact.c.59 Vultej.n.19.in pr. Inst. h.t.aliiq; à Suarez d.loc.citati.*

III.

Verborum obligatio, non ex stipulatione tantùm, verum etiā aliis ex causis enascitur.

Per *§.sunt & aliæ cum seq.lib.2.Inst Caii de oblig.9.* ex quibus constat; & ex dictione dotis, & jurejurando liberti verborum obligationem nasci. Neque hoc mirum ex diversis causis eundē effectum provenire. Accedit quòd *ICt.in l.13.in pr.ff.d. acceptilat.* dicat, acceptilatione tolli obligationem liberti jurejurando constitutam. E. verborum est obligatio, *arg.l.nihil.tàm naturale.*

de

de R.J. neque est, quod *Donellus* inde suæ sententiæ fundamentum petat. Verbum siquidem: *versus*: ibid. hominis modestè affirmatio, non hæsitatio est. Plura *Donell.* argumenta [illegible] *rubric.n.7.ff.h.t.* quæ an à *Gœdd.in d.rubr.n.20.* rectè refutata sint, videat, qui volet.

IV.

Stipulatio impersonaliter concepta, ut dabis? dabitur, *valet.*

Est quidem vis magna verborum concinnitatis & aptorum in stipulationibus, quæ tamen non eò extendenda, ut contra vim & mentem eorum quicquam valeat. Verbi [illegible] stipulatio: *dabis? dabitur*, nonnihil vacillat: Nam [illegible] sensum torqueri possunt: *dabitur* sc. ab alio; vel [illegible]. Et ut prius accipiamus, regula veterum efficit, quæ in stipulationibus, cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretari jubemur. *l.38.§. in stipulationibus.* [illegible] quod & communiter placuit. Sed hunc sensum ne admittamus, efflagitat id, quod dici dolet: alteri neminem stipulari, aut de alterius facto quicquam promittere posse *l.38.§ alteri h.t.* quod hîc tantò certius statuendum erit, cùm persona nulla stipulationi vel dationi inserta sit. Posterior ergò sensus congruent [illegible], quia placuit contra eum ambigua vel obscura verba interpretanda esse, qui legem apertiùs conscribere potuit *l. veteribus.39.* [illegible] qui in casu nostro is est, qui respondet: & obscuritas, [illegible] lucem illa accipiet ex præcedente interrogatione *§ [illegible]* *de inutil stipul.l.si sine.§.qui interrogatus ff de interrog.* [illegible] enim qui stipulatur ab alio, sed ab illo stipulari censetur, quem interrogat. *d.l.si sine,§.qui interrog.* Unde & dici solet [illegible] ambigua declarari ex precibus impetrātium antecedentibus [illegible] *C.de diver.rescript.* & apertius in verborum obligationibus [illegible] tum est in *l.Titia.134.§.idem respondit. b.t.* Opponi solet [illegible] *quando.C.de constit.pec.* de qua videndi *Donell.* & *Cujac.* [illegible]

V. S

V.

Si me viginti *interrogante*, *tu* decem *respondeas, obligatio, nisi in* decem *non erit contracta.*

d.l.1.§.4.h.t. Interrogationi congruere debet responsio *l.1. §.3.h.t.* Interrogatio autem in viginti, responsio in decem concepta est. Ergò inutilis erit stipulatio. ℞. *Ulpianus*, congruere summas, hoc est, interrogationem cum responsione oportere; nec in proposito aliter fieri manifestissimum enim est, in viginti decem esse; idq; vi & potestate quantitatum ac summarum, quæ abinvicem essentia differunt. Qui enim stipulatur 10. & 10. sive igitur 20. sive 10. promittantur, semper id promittitur, quod in stipulationem deductum est. Sunt autem quodammodo duæ stipulationes, una utilis, alia inutilis, neq; vitiatur utilis per inutilem *d.l.1.§.5.h.t.* quamvis *Cujac* aliò deflectere hæc conetur, nec thema admittat, nisi diversitas responsionis illicò placuerit *d.l.1. §.3.* quod falsum est. Si enim diversitas responsionis illicò stipulatori placeat, nō ex eo valet stipulatio, quia in viginti decem insunt, quæ ratio *ICti* est, sed quia superveniens stipulatoris approbatio eam confirmat *d.l.1.§.3.* Cujac in eam sententiam pertraxit *§. præterea. Instit. de inutil. stipul.* qui tribus modis se opponit responso nostro, *inquit Ferret.* 1. Quia ad interrogata non respondet, qui decem promittit .2. Quia propriè *(ait)* si decem quis stipuletur, & quinq; promittantur vel contra, inutilem esse stipulationem. 3 Per comparationem, quando quinque promittantur, ac petuntur decem, & quando interrogatur sub conditione & respondetur purè. Duobus enim comparatis in eo, de quo agitur, quod in uno dicitur, habet locum in alio *l. nam hoc jure ff. de vulg. & pupil. substit* At illo modo stipulatio est inutilis *l.1. §.5. h t.* Ergò & hoc. At primam objectionem responsum est. Ad secundam plerique veterum notarunt, inutilem esse stipulationem respectu summæ excedentis; at respectu summæ convenientis valere. Ad tertiam dicendum, artem imitari naturam. *§. minorem Instit de Adopt.* quemadmodum enim, si quis propè ignem ponat lutum & cerã, ignis liquefacit penitus ceram; è luto verò expel-

lit superfluum humorem, lutumque indurat. Ignis est determinatio, lutum & cera determinabilia; non tamen uniformiter determinantur, sed ut subjecta materia patitur. Sic stipulatio sub conditione facta, & promissio pura, cum stipulatione nostra quidem determinatur, non tamen eodem modo, prior, ut cera in totum liquescit, quippè cùm nulla parte reperiatur interrogantis & promittentis uniformis consensus, quæ materia stipulationis est. Ex posteriore autem supefluus humor tollitur, h. e. pro ea parte, pro qua partes consenserunt, corruit. Opp. quoq, *l. si decem. ff locat.* quam solveres *ex eruditißimis Duareni ad l. 1. §. 4. commentariis.* Locum *Caii* quod attinet *in Instit. de oblig. lib. 2.* Dico nondum mihi constare, quisnam ille *Cajus* fuerit. Etsi maximè constaret, illum esse, quem Justinianus *suum* appellat alibi, non tamen contra rationem juris autoritas non recepta quicquam proficeret.

VI.

Stipulatio sub conditione concepta ad hæredem transmittitur.

§. ex conditionali. Instit. de V. O. l. si quis. 57. de V. O. Atque deficiente re deficit stipulatio. *l. 56. § fin. h. t.* Ergò si pendente conditione unus contrahentium decesserit, par esse ratio videri poterat Sed ratio diversitatis multiplex & permagna est, & ut illam saltem addam, unio hæredis & testatoris in personis operatur validitatem stipulationis, & ut permaneat, efficit, quæ nulla est, aut esse poterit in rebus. Procedit conclusio in conditionibus casuali & mixta, non etiam potestativa. *l. certißimu. 46. §. si ita stipulatus fuero. h. t. (Gœdd. de contr stipul. c. 9, 193.)* Oppon. *l. 122. §. Agerius. h. t.* quem difficilem esse, & contra æqui & boni regulas, ut vulgò intelligitur, inquit *Soarez. in addit. ad Gomes. 2. variar. resolution. 11. lit. T. Agerius* filiusfamiliàs promiserat servo *P. Mavii* stipulanti se daturum, quicquid patrem suum debere constitisset. Potest autem multis modis accidere, ut non constet, an & quid quisq; alteri debeat. *§. in fraudem. Inst. quib man. non licet.* Erit ergò in hac stipulatione conditio. Stipulator itemque creditor, patris cū patre vivo non egit; aut si egit, non tamen de debito constitit, moritur pater aliis hæredibus relictis, quàm *Agerio* filio; si-

sive quod ille exhæredatus esset, sive quod institutus repudiasset hæreditatem. Cum his hæredibus patris egit stipulator, & probavit, quantum sibi pater debuisset, si supervixisset. Maluit ideò ex stipulatione cum *Agerio* experiri, tanquam cum eo, qui patris debitum in se recepisset. Negat *Agerius* se ea stipulatione teneri, quæritur, an teneatur? Respondet *Scævola*, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam, h. e, quia conditio illa, sub qua *Agerius* promiserat, non extitit, ideoque ex stipulatione cum eo agi nequit, quia nec obligatus ex ea est. *Scævola* hoc igitur videtur innuere: implementum conditionis non transire ad hæredem. Varii hunc obicem conati sunt dissolvere (*Alciat. 1. disp. 13. Connan. 6. comm. 3. Duaren. Donell ad d. l. 121. §. Agerius. Costal. 2. Select. 23.*) Quicquid est, videntur falli plerique, dùm particulam SI pro QUIA interpretantur. Sit ergò hic sensus. *Mævius* patre *Augurii* defuncto egit contra ejus hæredes, & de debito constitit. Quæsitum est, an per hoc *Augerius* teneatur? *Scævola* cùm videret se consuli de re non ambigua: quæ constaret, secundum ea, quæ proponerentur, conditionem sine dubio extitisse, respondit obliquè, ut solet, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam. Proinde dictio SI, non ponitur pro QUIA, sed propriè conditionaliter. Sed & verbum *extitisset*, præteritum plusquamperfectum propriè exprimit, ut apud *Virgilium in Bucolicis.* Et si non aliqua nocuisset, mortuus esses. Et in 4. *Æneidos.* si littora tantum nunquam Dardanidæ tetigissent nostra carinæ. Differt hac in re stipulatio à legato. *l. unic. §. final. C. de caduc. toll. l. 4. l. 5. quand. dies legat. l. legata sub conditione. l. si ita express. ff. de condict. & demonstr.* Quæ ratio diversitatis? quia species legatarii est ex donatione, quæ facti est. Stipulatoris autem ex promissione, quæ juris est: Illa autem quæ juris sunt, in hæredem transeunt. *l. hæredit. u. de R. J.* facta autem cum persona extinguuntur. *l. ult. ff. de condit. Inst.*

VII.

Sub conditione à Sejo, *quod mihi* Titius *debet, stipulor; quæritur, an pendente conditione a* Titio *petere possim? Negatur.*

l. 36. ff. de reb. credit. l. 30. §. fin. ff. de pact. l. 60. ff. de condict. indeb. Incertum siquidem est, an prior debitor & promissor debiturus est. Nam si conditio extiterit, novatio fiet. Et idcircò si à *Titio* peterem plus tempore peterem. *l. 36. in fin. ff. de reb. credit.* Quod jura non permittunt. *§. plus autem Instit. de Act.* Ut itaque justè & rectè petam, necessum conditionis eventum expectem. Novatio siquidem hîc sub conditione est, qua non statim, sed existente demùm conditione fit, & si extiterit, ex nova obligatione debetur, & agitur: si deficiat, ex veteri. *l. si stichum. §. 1. ff. de novat.* Posterior enim hæc stipulatio non liberat priorem debitorem, sed tantum ejus obligationem differt, ne interim cum eo agi possit, quamdiu scilicet spes est, priorem stipulationem committi posse. Rectissimè itaque *Donell. ad l. 56. §. fin. n. 9 ff. de V. O.* ait: Quicunque ab obligatione pura liberatur sub conditione, is sub contraria conditione debere incipit: A *Titio* purè hominem stipulatus fueram, eum à *Sejo* novandi animo stipulor sub conditione, *si navis ex Asia venerit.* At sub hac conditione *Titius* liberatur, ita ex inde sub contraria mihi teneri incipit: *Si navis ex Asia non venerit.* Quod licet *Cujac. ad d. l. 56. §. fin* infringere conetur. *l. Julian. ff. de condict. indeb.* tamen tantum abest, ut ea lex nobis obsit, ut etiam apertè sententiam nostram juvet, ut *Donell. d. loc n. 40.* latè ostendit. Nec thesi adversatur, quod in *l. 56. §. fin. ff. de V. O.* JCtus dicat, *Titium* moram commisisse, & post moram ejus servum decessisse. Nam mora illa ante stipulationem secundam commissa fuit. Sed cur eo vivo non egit, & jam agit pendente conditione, cum nihil extat? Respondet *Donell. d. loc.* Sed *Donell.* obstat, quod mora purgetur persequentem stipulationem. *arg. l. quoties. ff de novat. l. qui decem. §. 1. de solut.* Quid pro *Donello* adferri possit, hic locus explicare non patitur.

VIII.

Stipulatio sub die & conditione facta est, disquiritur, utrùm existente conditione dies adhuc sit expectandus?

Distinguo, vel conditio, si quid intra certum diem factum non est, collata est in personam promissoris vel extranei. Et si in

per-

personam promissoris, dies utiliter adjectus est, vel non est. Conditio si in personam promissoris & potestatem ejus collata est (quod fieri potest *l. 46. ubi Donell. in fin. l. 17. ubi Cujac. & Donell. n. 5. ff. h. t.*) & dies non inutiliter adjicitur, ut in hac stipulatione: *si Stichum intra Calendas non dederis, decem dabis.* Placet totam obligationem sub conditione, & in diem collatam videri *l. 8. ff. h. t.* Si vero conditio collata erit in casum vel personam extranei, licet dies adjectus fuerit conditioni, nihilominus placuit stipulationem ante diem committi. *l. 10. ff. h. t.* vide *Cujac. & Donell. ad l. 7. h. t.* quorum ille *d. l. 8.* suo more audaculè immutans, rectè *Donelli* offensionem incurrit, quod legitur in *d. l. 8. ad conditionem: ante conditionem.* legens: cum hoc loci verba ea, *& licet ad conditionem committi videatur*, illud significent, *& licet secundum conditionem, vel quoad conditionem attinet, obligatio committi videatur*, multisque exemplis elegantiam ejus Phraseos probavit *d. l. Donell.*

IX.

Duo rei debendi in solidum etiam novo jure authenticorum tenentur.

Ulpian. ad Sabin. lib. 47. ubi duo (*inquit*) rei facti sunt, potest vel ab uno solidum peti: Hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitq; ab alterutro peti. *l. 3. §. ult. ff. de duobus reis.* & hæc vis ac potestas obligationis duorum reorum debendi censetur. *l. 9. §. ult. eod.* adeò, ut si unus obligationi eximatur, alter nihilominus in solidum conveniri possit. *l. fin. eod.* Verum hanc vim ac potestatem hodiè immutatam esse, per *auth. hoc ita C. de duobus reis.* Et *Nov. 99. Ferrar. Cantiun. Baro. Linius. & Mynsing ad tit. Inst. de duobus reis Wesenb. in π. ff. eod. n. 7.* volunt. Verùm si animadvertissent; dictos textus non nisi de duobus reis, qui mutua vice fidejusserunt, tractare, haud dubiè hanc correctionem veteris juris non introduxissent. *Vid. Cujac. ad tit. Instit. de duob. reis Costal. ad l. 17. ff. ad SCtum. Vellej.*

X.

Ad quid tenetur, qui promisit se curaturum, ut alius det vel faciat?

Exempli gratia: pro mitto me curaturum, ut *Titius* decem

daret, ad quid teneor? communis & recepta est *Dd.* sententia, me liberari, si tantam rei conficiendæ curam adhibuerim, quanta adhiberi potest. *Wesenb. in § si quis alium. Inst. de inutil stipul.* Quæ sententia, an vera sit, dubito; cum is, qui se curaturum aut effecturum quid spondeat, cum effectu spondere censeatur. *arg. l. 1. vers. hac autem ff. quod quisq; jur. in ald. 5. ff. ne quis eum, qui in jus voc.* quod maximè in stipulationibus & cæteris contractibus dicendum est, ne nihil actum videatur. *l. ubi. l. quoties in actionib. ff. de reb. dubiis.* Cum itaque quis se curaturum dixerit, ita demum liberabitur, si idoneum reum præstet, qui pecuniam numerare possit. *l. fin. §. fin. ff. de reb. cred.* aut si in vanum laboraverit, ut tùm in id, quod interest, condemnetur, vel ad pœnam, si pœna stipulationi sit adjecta. *§. si quis alium. Inst. de inutil. stipul.* quod plurimum ex *l. sancimus. C. de fidejussorib.* confirmari penitius introspicienti facilè apparebit. *Vid. Zas. & Cujac. ad l. 83. de V. O.*

XI.

Fidejussor rectè accedit, licet rogatus non sit.

Per *l. 7. l. 5. vers. idem est, si pro te fidejussero, dum puto mihi à te mandatum esse. ff. de negot. gest.* Idem probatur per *l. fidejubere 30. §. 1. ff. de fidejuss.* fidejubere (*inquit JCtus*) potest quisque etiamsi promissor ignoret. Si ignoret, utique non mandavit, nec nunc etiam mandat. Confirmatur & illud *l. ex mandato. 29. §. 1. ff. mandat.* ubi expreßè nominatur fidejussor, qui pro absente fidejussit. Aliter tamen *Joan. Brecha. ad l. sponsio. in fin. ff. de V. O. Mynsing. ad rubr. n. 5. Inst. h. t. Alciat. 1. παρεργ. 2.* qui putant hanc esse differentiam inter sponsorem & fidejussorem, ut sponsor dicatur, qui sua sponte, & non rogatus pro alio intercedat: Fidejussor verò, qui mandatu & rogatu alterius accedit. Sed illam differentiam latinæ linguæ ratio enervat, qua docetur: sponsorem à fidejussore nihil differre, imò is, qui nobis fidejussor dicitur, non uno in loco à *Cicerone ad Atticum lib. 1. 12. & 16.* sponsor appellatur. Nec pro hac stabilienda sententia facit, quod passim dicitur: dari fidejussoribus mandati actionem adversus debitorem principalem. *l. 10. §. fidejussores l. 26. §. abesse. & § seq. l. 29. 46. & passim. ff. mandati.* & illam non dari citra mandatum, ut latiùs probavit *Joan. Gedd. in tr. de contr. & committ. stipul.*

XII.

XII.

Quæritur, an à marito volente pro conservanda dote fidejussor dari possit? Affirm.

Cur à marito invito fidejussores exigi non debeant, expressum est in *l. fin. C. ne fidejuss. vel mandat, &c.* Si enim (*inquit Imp.*) credendam mulier sese suamq; dotem parti mariti existimavit, quare fidejussor vel alius intercessor exigitur, ut causæ perfidiæ in connubio eorum generetur? verùm hæc ratio, cum in eo casu, ubi volens & sponte maritus fidejussorem constituit, cesset, nec enim uxoris hîc ulla diffidentia est, sed potiùs mariti laudanda promtitudo, qui fidejussores constituit: non quia perfidiam ejus uxor timet, sed ut dos ei magis in tuto sit; multis enim modis contingere potest, ut maritus post acceptam dotem solvendo esse desinat, atq; per hoc mulier sua dote carere necesse habeat, quam aliàs consequi poterit, si fidejussor datus fuerit, qui in subsidium deficientis mariti conveniri poterit. Probatur & hæc opinio per *l. Græcè. §. à tutore. 4. ff. de fidejuss.* A tutore (*inquit* (*Ctus*) qui testamento tutor datus est, fidejussor datus tenetur: dubium movebat, quod testamentarii tutores satisdare non coguntur, quippè quorum facultates & industria à testatore probata sit. *§. 1. Instit. de satisd. tut.* Si tamen satisdent, tenebuntur omninò, quia suo privilegio renunciasse videntur. *l. pen C. de pact.* Idem de marito eadem planè ratione dicemus: Nam & si quidem invitus fidejussorem dare non tenetur. *l. 1. l. 2. C. ne fide, uss. dot. &c.* Si tamen eum dederit, omnimodò tenebitur, nam & hic privilegio suo renunciasse videtur. Idem probatur ex *l. sed etsi. quis. §. fin. ff. si quis cautioni*, ubi & is, qui satisdare non cogebatur, si satisdet, fidejussores nihilominus, modò non per errorem dati sint, teneri responsum est. Facit huc, quod dici solet: quod fieri non debet, si tamen factum fuerit, valet & tenet. *arg. l. 1. §. biduum. ff. quand. appell. sit. l. quod si nolit. §. in factum. ff. de ædil. edict. l non solum. ff. de jur. dot. l. quod autem. ff. pro socio. l. sed & ha & l. penult. ff. de procurat.* Item multa peti non posse, quæ tamen, si sponte dentur, rectè habentur. *l. cùm illud. §. 1. ff. quando dies legat.* Confirmatur & ex eo, quod pignus uxori à marito pro dote dari possit. *l. quod autem. §. si uxor ff. de donat. inter vir. & uxor.* Cur non igitur & fidejussor? nam quod *Cujac. in tr. 4. ad Afric.* inter pignoris & fi-

fidejussoris dationem, differentiam constituat, videant alii an subsistat: Mihi sanè ex fidejussionis fine non subsistere videtur: Cur enim fidejussores adhibentur? nonne ut diligentiùs creditoribus nostris cautum sit? *in pr. Instit. de fidejuss. d. l. 1. ff. qui satisd. cog. gunt*, Atque ita finis noster cum pignoratitio concurrit.

XIII.

In criminalibus an fidejussor intervenire possit?

Crimen, de quo quæritur, aut meretur pœnam pecuniariam, aut capitalem: Priori casu ex communi *Dd.* opinione fidejussionem admittendam statuimus. *vid. Menoch. lib. 2. cap. 303. folio (mihi.) 418.* Si enim is solvendo est, qui locupletem reum dare potest. *l. si plures. §. præterea. ff. de fidejussor.* & vice solutionis sufficit, ut quis aut fidejussoribus, aut pignorib. caveat idoneis *l. rescripto. §. planè ff. de mun. & honorib.* nulla ratio est, cur hoc casu repudiari debeat fidejussor; cùm regulare sit, in delicti causa fidejussorem recipiendum esse, si ea pecuniariam persecutionem contineat. *l. 4. ff. de custod. reor*, Quod tamen locum habere negant *Dd.* quando reus confessus est delictum, *per l. si confessus. ff. de custod. reorum.* Sed iis ut contradicamus, facit illud, quod per datum fidejussorem securior fit fiscus de solutione pœnæ ipsius pecuniariæ, & maleficii coërcitio faciliùs executionem habere possit. *l. si à reo. §. fin. ff. de fidejuss.* Nec interfit, quis pœnam solvat. *arg. l. 23. l. 53. ff. de solut.* Ad *d. l. si confessus*, quod spectat, *vid. omninò Menocb. d. loco.* Posteriori casu (ubi scilicet pœna corporalis infligenda est) ex communi sententia reus sub fidejussore relaxandus non est, eo potissimùm argumento moti, quòd nemo sit membrorum suorum dominus *l. liber homo ff. ad l. Aquil.* per conseq. igitur nec ad pœnam corporalem se obligare potest Quo argumento utpote leviculo ne moveamur, innumeræ aliæ leges faciunt, quæ hoc judicis arbitrio, *cum præclarissimo Italorum JCto Menocb.* permittunt: Prima est *l. 1. ff. de custod. reor.* qua judici tributum est arbitrium vel retinendi reum criminis, vel sub fidejussione relaxandi, observata personæ qualitate, ac etiam delicti. Accedit *l. 2. ff. eodem.* ubi servus de capitali crimine publicorum judiciorum dato fidejussore vel domino vel extraneo relaxari

potest,

potest, & tamen certum est, ibi capitale esse crimen, & pœnam corporalem judici; Quod si in servo receptum est, quantò magis locum inveniet circa homines liberos? Tertiò huc spectat *l. 3. ff. eodem.* Quartò confert mirum in modum *l. super his. 6. C. de app.*

ADDITIO.

Sic & jure Saxonico admittitur in criminalibus fidejussor, qui si reum criminis exhibere non possit: So muß er sein Wehrgelt erlegen/damit wird er erlediget. *Landrecht. lib. 1 art. 65. text. & ibid glos. art. 9. lib. 3. Wesenb. de fidejuss in π. ff. n. 4. Colerus de processs. execut. p. 2. c. 3. n. 88.*

XIV.

Restitutio minore, fidejussor ejus non restituitur.

l. in causa 13. ff. de minor. Est enim restitutio beneficium personale. *l. 95. §. quod vulgo. ff. de solut.* & proinde in fidejussore non transitorium. *l. 7. ff. de except.* Cur enim minor restituitur? annè ob infirmitatem ætatis? hæc igitur restitutio fidejussorem non liberat; *Cujac. in d l in causa.* Non enim is eam ætatis causam allegare poterit? Quod tamen sub distinctione *Duaren. in tit. C. de fidejussoribus minorum. fol. (mihi) 90.* exauditi malim, ut videl. consideremus, an minor deceptus sit dolo adversarii, vel tantùm circumscriptus sit in re ipsa, h. e. lubrico ætatis; ut priori casu ei & fidejussoribus subveniatur; posteriori non item; Quæ distinctio proponitur in *l. 2. C. de fidejuss. minor.* quod posterius arripiendum est cum exceptione, nisi evidens æquitas suadeat, etiam fidejussori subveniendum. Æquum aliquando est, ut non tantùm minori, sed & fidejussori ejus succurratur, qua de re evidens distinctio est in *d. l. in causa. in pr. ff. de min.* Verùm oppon. *l. 48.* Ad quam *l. vid. Cujac. 10. obs. 23.* Insuper objiciunt *l. minor. 51. ff. de procur.* Sed solutionem ejus fide apud *Cujac. in d. l. in causa. de minor.* Nec quicquam facit *l. si pupillus. ff. de acquir. hered.* prout interpretatur *Duaren. d. loc.* Ultimò non adversatur, quod dici solet: sublata principali obligatione, & tolli accessoriam. E. minoris obligatione, utpote principali extincta, censebitur extincta & fidejussoris, utpote accessoria, quemadmodum explicat *Jul. Pac. 2. tract. 18.*

XV.

Fidejussor, qui in majorem summam accedit, saltem in concurrentem tenetur.

Per *l. rogatus. ff. mandat. l. si ultra. 22. C. h. t. & arg. l. si à reo. ff. de fidejuss.* satis probari potest, ubi reus sub una conditione promisit, & fidejussor se obligavit sub cõditionib. duabus disiunctivis. Et JCtus docet fidejussorem teneri, si extiterit communis conditio, h. e. illa conditio, sub qua reus principalis promisit, & fidejussor se obligavit. Sic si fidejussor promisit 20. cum reus principalis 10. tantùm debebat, in decem fidejussor obligabitur, cùm & fidejussor in eam summam, quam principalis debet, utique consenserit, quia in majori summa inest minor. *l. inter stipulantem. 38. §. si stipulante. l. si ita. 19. ff. de V. O.* Unde & in stipulationibus, qui decem interrogatus, viginti promittit, in decem tantùm obligatur. *l. 1. §. si stipulanti ff. de V. O.* ne sc. utile per inutile vitietur. *c. utile. de R. J. in 6.* Nec his adversatur *l. 8. §. 7. ff. h. t.* Loquitur enim de differentia qualitatis, non etiam quantitatis, ut *ex seqq.* apparet; *Propter quod in minorem summam, &c.*

XVI.

Ex mora rei principalis, fidejussoris obligatio non augetur.

l. centum Capua. ff. de eo quod cert. loc. fin. de fidejuss. Cum enim fidejussio sit stricti juris, etiamsi bonæ fidei judicio accedat, consequitur, in eam non venire id, de quo conventum nõ est. *l. quicquid. 99. ff. de V. O.* Ex quo mihi omninò proba illorum distinctio videtur, utrum fidejussor simpliciter constitutus sit, an verò in omnem causam expressè vel tacitè acceptus, ita ut haud obscurè mens illa ex negotii conditione, & usu appareat, se in omnem eventum obligasse, ut priori casu ad sortem tantùm obligetur, ad usuras verò aliasq; accessiones, quæ ex mora rei accidunt, non item. *l. fidejuss. 10. C. h. t.* ducto ibi argumento à contrario sensu. *l. fin. de fidej.* promissio enim simplex, ultra simplicem obligationem præsentem quicquam comprehendere non debet. *l. 99. de V. O. l. 76. §. 1. eod.* præsertim cùm illa se referat ad tempus contra-

tractæ obligationis, *l. Rutilia ff. de contr. emt.* Tempore autem contractæ obligationis nihil præter sortem in obligatione erat. E. in nihil aliud, præterquàm in sortem, quæ tantùm tempore intercessionis debebatur, fidejussor se obligare censetur. *l. prætentionem. l. pignorib. C. de usuris. l. cum te. C. ne uxor pro marito. l. 1. C. ne filius pro patre. l. 68. §. 1. ff. de fidejuss.* Posteriori casu in id, quod interest, & in usuras ex mora rei debitas fidejussor tenetur. Cum enim in omnem causam fidejubet, satis ex verbis constat, ejus hanc mentem esse, ut ad accessoria quoq; se obligatum velit. *l. initio. C. de pact.* Atq; his ita positis non obstat *l. quæro. ff. locat.* cùm ibi in omnem causam se fidejussor obligaverit; merito quoq; & ineô tractus accessoria tenetur. Nō etiam movet *l. 88. ff. de V. O.* ubi dicitur, moram rei fidejussori nocere. Quia istud verum est, quoad perpetuandam, non etiam quoad augendam obligationē. Opp. *& l. si posteaquam ff. rem pup. salv. for.* Sed solvitur à *Coras. 2. Misc. 12.* Responsionem *ad l. si uno. 17. ff. locati. l. amissi. 52. §. fidejussores. ff. h. t. & l. 2. in fin. cū l. 3. ff. qui satisd. cog.* vid. ap. *Ioan. Gœdd. c. 11. n. 14. & seqq.*

XVII.

Fidejussor si se obligavit ut principalis, beneficium ordinis non habebit.

l. non rectè. l. jure nostro. l. alienum. C. de fidejuss. Facit *l. 1. cum Auth. si quando. C. de constit. pec.* Satis enim constat ex verbis, in quibus se quis constituit ut principalem, als Selbsschuldener / pro alieno debito, quod creditor ejus solius, non autem personæ veteris debitoris, fidem de pecunia habere voluerit. *Gail. 2. obser. 28. n. 3. & fin.* Unde est, q̀ sibi imputet promissor, qui tali generalitate verborum usus est. *arg. l. fin. C. de promiss. dot.* Aliàs quidē ista clausula superfluè posita erit, cùm tamen in contractibus nedum clausula, sed nullum verbum debet esse ociosum, & sine virtute operandi. *l. si quando ff. de legat. 1. l. si stipulatus. ff. de usur.* Atque hanc sententiam & æquiorem, & communiorem *Gail. d. loc.* dicit. *Fidejussor indemnitatis* (vulgò Schadenburg oder Rückburg) *si beneficio fidejussorem renunciavit, annè non discusso principali conveniri poterit?* Neg. Idque naturâ obligationis magis, quàm fidejussionis beneficio receptum est: nam imprimis constare debet, quantum à principali consequi possit creditor, ad hoc,

ut indemnitatis promissio locum habeat. *l. decem. ff. de V. O. l. si stipulatus. §. 1. de fidejuss. ita Gail. 2. obs. 27. n. 13. Vasq. illustr. quæst. c. 33. n. 13. Gomez. 2. var. resol. c. 13. n. 3.*

XIIX.

Is qui se jurejurando obstrinxit, excussionis beneficium habebit.

Eo præcipè fundamento, quòd juramentum sequatur naturam eius actus, cui adiicitur. *l. fin. ff. de lib. caus. fin. C. de non num. pec. l. 11. §. 2. ff. de jurejur. c. accessorium. de R. I. in 6. c. quemadmodum. de jurejurando.* At natura huius actus, obligationis sc. fideiussoriæ hæc est, ut fideiussor conveniri nõ possit ante reum principalẽ. *Auth. præsente. C. de fidejuss.* E. Atque hanc sententiam tuentur *Covarr. in relect. Quamvis in prima parte. §. 4. n. 4. Alciatus in c. cum contingat. n. 174. de jurejur.* & alii, quos refert, & sequitur *Facbin. 3. contr. 15.* Dissent. *Gail. 2. obs. 27. n. 23.* cum ibi citatis, ea ratione, quod tale juramentum servari absque interitu salutis æternæ possit, habeatque vim expressæ renunciationis. *l. cum pater. §. filius matrem. ff de legat. 2.* R. Et nos servandum statuimus, sc. observato juris ordine. Et falsum illud, juramentum tale, vim expressæ renunciationis habere Nec probat quicquam *d. l. cum pater. §. filius.* cùm ille casus ad nostrum non rectè referatur; adeoque hîc à separatis malam illationem cum JCto in *l. 20. in pr. ff. de min.* probè dicemus. Non etiam obstat *c. ex rescripto. de jurejur.* prout explicat *Facbin. d. loc.* Quid de fidejussore fisci vel principis dicemus, anne ille beneficium excussionis habebit? Neg. propterea quòd fiscus semper solvendo esse censeatur. *l. 2. ff. de fund. dotal.* Si ergò fiscus deberet excuti, fidejussio esset frustratoria. *vid. Vasq. illustr. quæst. 30. n. 20.* Quid de patre pro filio fidejubente? idem quod de fisco dicimus, per *l. 5. §. sed utrum. vers. proinde. ff. de minor. l. si mandator. C. quod cum eo qui in alien. potest.* Nam si pater non teneretur, esset illaqueare contrahentes cum filiis nihil habentibus, pro quibus patres se & obligaverunt. Eleganter *Gail. 2. obs. 27. n. 33. cum ibi allegatis.*

XIX.

XIX.

Exceptio excussionis quo tempore opponitur?

Sunt, qui eam anomalam esse volunt, atque ita ante vel post litem contestatam opponi posse *gloss. ad l. 3. ff. de except. Sichar. ad auth præsent. C. h. t. n. 8 & 9.* Sed communiter Dd. dilatoriam eam statuunt. Ideoque ante litem contestatam tantùm opponi debere *arg. l. 2. §. fin. ff. de except. l. 40. §. 3. ff. de procurat. l. exceptionem. C. de probat.* Unde si fidejussor, priusquam principalis conventus, eam non objiciat, sed taceat, litemque contestetur, postea eam opponendo non auditur, sed solvere compellitur, præsertim, cùm ipso jure prius conveniri poterat, quàm reus principalis *l. jure nostro. C. eod.* licet habebat hoc beneficium, & sibi imputet, quod debito tempore eo non usus fuerit. *Wesenb. in π. ff. h. t. n. 6. Gomez. 2. resol 13. n. 14. vers. tertiò limita. Coler. de process. execut. part. 4. c. 1. n. 69.* Licet non desint, qui eam in iudicio quandocunque usque ad conclusionem opponi posse opinentur. *Gail. 2. obs. 27. n. 3. Soarez. in thesaur. recept. sentent. litt. F. n. 13.*

XX.

Prorogatio termini non liberat fidejussorem, nec quoad subsequens tempus ullum ei præjudicium creat.

l. si cum Hermes. C. locat. l. 13. §. qui impleto. ff eod. ubi dicitur: qui remansit post tempus finitæ conductionis in ædibus locatis, cū non tantùm reconduxisse intelligi, sed & pignora durare obligata. Sic idem ergò in fidejussore, cum pignoris & fidejussorum causa æquiparetur. *arg. l. fin. C. de Novat.* Et ratio certa probat, quoniam, etsi lapsus terminus, & nulla fuisset facta prorogatio, nihilominus fidejussor remansisset obligatus: quare per termini prorogationem non censetur neque dici potest liberatus, sed in primæva sua obligatione semper remanet, ex quo purè, & sine ulla temporis præfinitione se obnoxium reddidit. *Mynsing. 5. observ. 56. n. 5.* præsertim, cùm prorogatio termini vel ex-

tensio dilationis facta censetur cum omnibus qualitatibus & accessoriis. *l. 2. §. sed si judex. cum l. si judex. ff. de judic.* quod (*ut diximus*) ad obligationem prioris, non etiam posterioris temporis intelligimus. Nec obstat *l. fin. ff. de pact.* quam adversa factio pro se allegat, cùm nihil minus, quàm id, ad quod adducitur, probat, ut ostendit *Coler. p. 1. c. 10. n. 307. de process. execut.* Quod objicitur de dilationibus, quæ ab initio sunt arbitrariæ. *l. 2. ff. de re judicat.* Ex post facto autem, quando semel data sunt, non possunt prorogari in damnum alterius partis non consentientis, juxta *l. 1. §. fin. C de dilationib.* Istud speciale est in actibus videl. judicialibus, ad quos omnes & singulos debet adversaria pars citari, cui alias præjudicari posset. *l. de uno quoq. ff. de re judic.* vid. *Gœdd. de contr. stipul. c. 12. concl. 10. n. 84. Gomez. 2. tit. de fidejuss. n. fin. Fachin. 2. contr. 28. concept. consult. Saxon. p. 1. de contr. 19.*

XXI.

Re debitoris in solutum datâ, & postea evictâ. Quæritur, an creditor contra fidejussorem adhuc agere poßit? Affirm.

arg. l. 27. ff. de solut. l. Titius. de jur. fisci. Nec adversatur, quòd principalis obligatio jam solutione extincta dici possit. *arg. l. si rem alienam. §. omnis. ff. de pign. act. l. qui res. ff. de solut.* E. & fidejussio. Nam ut rectè *Gomez. 2. var. resol. t. de fidejussor. n. 20.* tradit, ex mente & intentione partium vel legis dispositione actio contra fidejussorem non fuit sublata, nisi sub conditione, sc. si res in solutum data dantis fuerit. Ergò sub contraria conditione illa existit & manet. Adde *Speculat. in fin. quæst. tit. de fidejussor.* quod multò magis in fidejussore indemnitatis obtinebit. *l. 26. ff. de fidejus. Vasq. illust. controv. c. 33. n. 8.* Aliud est, si creditor sæpè admonitus, ut debitorem urgeret, ipse distulit petere, atque ita debitor factus sit non solvendo. *l. 41. ff. h. t. l. fin. ff. si cert. petat.*

XXII.

Quid si debitor pacto se obligavit, nisi constituta die solvat, quòd ire velit in carcerem?

rem? quæritur; an hoc pactum valeat? R. eatenus valere, si quidem priùs facta excussione bonorum inveniatur non solvendo.

1. Quia quod fieri potest per legem, idem fieri potest per pactum. *l. non impossibile. ff. de pact.* Sed per legem quem capi, & in carcerem conjici posse notum est. *l. 3. §. tutores. ibid. gl. de suspect. tut. l. 1. C. qui bon ced.* E. & per pactum. *Mynf. obs. 21.* 2. quia valet conventio de inchoando processum ab executione sive privata, sive publica, sine omni interventu aliarum solemnitatum. *l. creditores. C. de pignor.* Non igitur prohiberi debet pactum detentionis personæ, cum bonum sit argumentum à rebus ad personas, & contra. *l. si quis. §. si ita ff. de legat. 1.* 3. Sicut consuetudo, ita etiam pactum dat ordinem causæ, ut in ea procedatur summariè & executivè, prout inter partes conventum fuit. *l. 1. C. si in causa judic. l. pen. de pign. act.* Quod tamen communiter ita interpretantur: non aliter hujusmodi pactum valere, quàm si excussa priùs fuerint debitoris bona, ut *Dan. Moller. 1. Semestr. 15. num. 1.* (vide *Col. c. 6. n. 50. p. 1.*) qui aliud de jure Saxon. constitutum esse vult per *Const. 1. p. 2.* Scabini Lipsenses videntur hanc nostram sententiam improbare, ut ex eorundem *Resolut. q. 33.* apparet *fol.* (mihi) *134.*

EX-

EXERCITATIO DECIMA QUARTA

RESPONDENTE

JOHANNE RAUCHBARO Kitting. Fr.

THESIS I.

VNo nummo venditio celebrari nequit.

Imaginaria enim venditio pro non facta est. *l. 55. h. t. l. 16. de R. I.* Ergò nec quæ uno nummo fit, siquidem imaginaria venditio & ea, quæ nummo fit, idem significant (*Cont. lib. 1. disp. 16.*) Deinde nulla emptio est, nulla venditio, in qua unum ex tribus hisce deficit; RES PRETIUM, & utrumque concilians CONSENSUS *pr. Inst. de empt. l. 62. pr. h. t.* At nummus unus pretium non est: Pretium enim id appellari author *Varro* est, quod æstimationis emptionisque causa constituitur, à solis peritis dictum ac definitum. Inde nummus pretio opponitur in *l. 10. in fin. ff. de acquir. possess. l. 46. ff. Loc.* Quæ omnia obtinent, cùm res aliqua momenti valorisque maximi venditur, non etiam cùm ex uno nummo venditionis pretium constituitur, qualis apud *Plautum in Aulular.* operarum locatio est, quas nummo conductori addixerat coquus:

Nummo sum conductus, plùs jam medico mercede opus est.

Præcedentibus opponi solet *l. usufruct. 66. de jure dot.* ubi di-

ci-

citur usumfructum uno nummo mulieri locari vel vendi posse à marito. R. *Duar. ad d. l. 10.* imaginarios hos actus tùm admitti, cùm id utilitas exigit, ad quam omnia referenda sunt, quæcunque jure & legibus continentur. Utilitas autem summa in ea lege versatur, nec Domino proprietatis, nec mulieri cedi potuit. Domino idcircò, quia marito usumfructum in dotem dederat, atque ideò & jus doti tributum, ut videlicet soluto matrimonio mulieri illa restituatur, intervertere non potuit: Non mulieri, quia proprietaria non erat, atque hinc petere non poterat restitutionem usufr. quippè qui simul ac finitus est, non nisi ad dominum proprietatis redit. §. *ultim. de usufruct.* Ne itaque regulæ sibi invicem hoc casu obstent, necessitate ad hanc imaginariam venditionem recursum est; Interventus siquidem nummi facit, ut maritus magis commoditatem fructuum percipiendorum, quàm ipsum usumfr. transtulisse videatur, & sic ususfructus non secus reputatur, ac si apud eum post divortium maritus retineret *l. 12. §. usufructuarius. ff. de usufr.*

II.

Præcisè rem venditam tradere tenetur venditor, si ejus facultatem habeat.

Quod sic probo: Si liberetur venditor præstatione ejus quod interest, ut contrarium sentientes statuunt *Gædd. de contr. stipul c. 9. conclus. 4. n. 65. Fach. 2. controv. 30. Vaud. variar. quæst. 9.* consequitur rem eandem alteri vendi posse: nam priori ex eorum sententia satisfacit, si id, quod ejus interest, præstet. Verum denuò vendi non posse, docet *l. qui duobus. 21. ff. ad l. Cornel. de fals.* Ergò. Hinc est, si quis rem alii obligatam dissimulata obligatione alii distraxerit ipsum crimen stellionatus incurrere *l. 3. § maximè ff. de crimen stell.* Quid? an necavillamur? *L. ex empto. 11. ff. de act. empt.* statuit venditorem oportere tradere. Quid verbum *oportere* inducat, Gramatici docebunt. Sic §. *alia autem. Instit. de donat.* docet ad exemplum venditionis donatori incumbere facultatem rei tradendæ. Rectè *inquiunt supra citati*, incumbit necessitas, nisi paratus sit venditor id quod interest præstare: *Sed qua hæc erit necessitas?* & penitius *d. §.* introspiciamus: Ut ven-

ditori incumbit necessitas; sic & donatori: Si igitur venditori præstationem ejus quod interest largiaris, idem ut largiaris donatori necessum est. At hoc posterius vel ex omnium sententia, & *l. si quis argentum. 35. §. final. C. de donat.* absurdum est. Ergò & illud. Addo in uno ex correlativis dispositum & in alio dispositum censeri *argum l. final. Cod. de indict. viduit. l. final. ff. de acceptilat. Everhard. in Topic. in loco à correlat. num. 3.* Verùm venditori competit ad pretium exigendum venditi actio. *l. 6. C. de act. empt.* Ergò & emptori actio empti competet ad consequendum id, quod venditum est. Argumentum hoc fortassis eo quo superius modo eludent, non facturi, si sciant, id quod interest non venditoris, sed emptoris gratia inductum esse. His addenda, quæ tradita sunt *à Coras. 2. Miscel. 3. Cujac. in l. 27. de V. O. A. Fabro 6. conject. 17.* Opponitur primò *l. 1. in pr. ff. de act. empt.* cum similibus. R. Emptorem posse eligere id, quod interst, propter moram dolosè à venditore commissam: & in specie *d. l. 1.* dolosè commissam esse, ex sequentibus facilè apparet. Atque ita simùl responderi poterit ad *l. si jactum. 12. ff. de act. empt.* quod ipsum ex sequenti casu fiet clarius. Ad perendini diei prandium à piscatore jactum retis emi, id quod extraxit piscium statuto die, dare mihi noluit: mora hęc dolosa, quia mihi, eo quod convento die pisces non habui, nocuit; peto æstimari id, quod extraxit. Quæritur quid juris? & id æstimari debere *Celsus* ait. Casus nec dissimilis extat in *l. si traditio. 4. C. de act. empt.* quæ nobis vulgo opponi solet. Nam *Procacià*, hoc est, contumacia, petulantia venditoris res suo tempore tradita non est, tùm quia conducibilius est emptori, id quod interest habere, & ipsi id petere conceditur. *Denuò oppono.* Ex quibus causis juratur in litem, in iisdem id quod interest præstando liberamur: Ex causa autem emptionis in litem juratur *l. 5. ff. de in litem jurand*, Ergò. R. Minorem non procedere; Nec quod in *d. l. 5.* dicitur, ad emtionem trahendum est, per tradita *à Borchold. ad tit. de in lit. jur. c. 4. n. 50. Anton. Fabro. 6 conject. 17.* Sic *porrò instant*: Tradendi obligatio facti est. In facti autem obligationibus, si non fiat, quod promissum est, id quod interest, præstandum est. *l. 13. § ult. ff. de re judicat. l. quoties. 81. ff. de Verb. Oblig.* Respondeo, traditionem non meri facti esse, sed aliquid juris habere, ut eleganter pluribus ostendit *dict. lec.*

Anton.

Anton. Faber. Cætera & quidem leviora *inter disputandum* an omittenda sunt.

III.

Periculum rei venditæ ante traditionem pertinet ad emptorem.

L. 7. §. 11. ff. de pericul. & commod. rei vend. §. cum autem Inst. de empt. & eleganter confirmat *l. ultim ff. de condict. caus. dat.* In qua triplex inter emptionem & contractum Do ut Des differentia constituitur; quarum una & præcipua illa est, quod mortuo homine promissio pecunia eo nomine data repeti possit. At in contractu emptionis mortuo homine vendito pretium solutum repeti non potest. Ratio hujus rei proponitur *in d. l. 7. ff. de pericul. & commod. rei vend.* Et alia desumitur ex eo, quòd mora sua cuique, non alii nocere debeat. *l. 137. §. ult. l. 155. ff. de R. I.* Sed emptor in mora petendi est, quoniam petere potest, quandocunque ei libuerit. *arg. l. 15. ff. de R. I. l. 143. ff. de V. S.* Ergò sibi imputet, cur non petierit, cur quod suum est, à venditore non avocaverit. Denique debitor speciei rei interitu, qui ante moram sine ejus culpa contingit liberatur. *l. si ex legati. 23. ff. de V. O.* Itaque cum res vendita casu fortuito interiit, liberatus est ab ejus præstatione véditor tanquam speciei, sive certæ mercis debitor, & res petit periculo emptoris tanquam creditoris. Oppono *l. si fundus. 53. ff. locat.* Sed id in fundo publicato speciale esse, quod colligo *ex l. Lucius. 11. ff. de evict.* in qua eadem publicationis quæstio tractatur, & distinguitur inter traditum fundum, & nondum traditum; illo casu spectat ad emptorem, hoc casu ad venditorem. Publicationi ut hoc speciale tribuam, movet me vetus publicandi ratio, & in ea principum liberalitas. Nec enim *cum Accurs.* publicationem intelligo, quæ ex delicto venditoris contingit. Hunc *Iul. Pacius sequitur 5. εναντ. 81.* Sed de ea publicatione, quæ devictis hostibus cõtingit, qualis fuit in specie *d. l. Lucius. 11.* Quod nec eo loci satis assecutus *Accurs.* putat ex delicto emptoris ea in specie publicatũ fundum esse. Hostibus itaq; devictis belli duces partim prædia distrahebant, partim veteranis assignabant, quin & veteri possessori honoris causa relinquebant, ut ait *l. Item si 15. §. item si forte ff. de R. V.* Quod sic explicat *Siculus Flacc. in lib.*

de conditione agror, Nec tamen omnibus (*inquit*) personis ablati sunt agri. Non quorundam dignitas, aut gratia, aut amicitia victorem ducem movit, ut eis concederet agros suos. Sic & verosimile in casu *d.l. si fundus. 33.* erit, datum aliquid veteri possessori eidemque venditori honoris causa, ut planè nisi iniqui esse velimus, ad emptorem publicati fundi periculum pertinere dicendum non sit. Cum & aliàs jura lucrum captanti minus quàm damnum vitanti favere soleant. Lucrum captat in specie proposita venditor, cum partem fundi retinuit, si ei pretii retentionem vel petitionem insuper concedamus. Et hæc solutio mea est. quam alii præstandum sequuti sunt. 2. Oppono: Res perit suo domino. *l. 9. C. de pign. act.* Sed venditor antè traditionem adhuc dominus est. *l. traditionibus C. de pact.* Ergo. R. Majoris infirmitas ex eo patet, quod etiam creditori res apud debitorem eundemque dominum existens pereat. *l. si ex legat. 23. ff. de V. O.* & in casu nostro ut emptori pereat, etiam ratione dominii magna ratio suadet, cum & illud fictione juris in ipsum translatum sit. 3. Oppono *l. lectos. cum ll. seqq. ff. de pericul. & commod. rei vend.* R. In iis casibus culpa venditoris intercessit, quia lectos cum impedimento usus publici in via posuit.

IV.

Cur dare tenetur emptor? cur tradere tantùm venditor?

Logicorum hoc axioma est: In uno ex correlativis dispositum, & in alio dispositum censeri, & probant nostri *arg. l. final. C. de indict. viduit. toll.* Ideoque cum emptor & venditor correlativa sunt: Cur non & venditorem tàm ad dationem rei, quàm emptorem cogemus? Vulgaris & quidē vera est responsio, brocardicum istud obtinere, si nō correlativorum diversa appareat ratio, quam nunc quæro: Communiter eam reddunt, quia emptor generis debitor est, venditor verò speciei. Notum autē est ipsum propter multiplicem electionem hoc arctius constringi. Dicerent aliquid, si non & in stipulatione promissor rei certæ ad ejus donationem teneretur. *l. ubi autem 75. §. final. ff. de V. O.* Verior nisi fallor, hæc erit ratio, si dixerimus; Idcirco necessum omninò emptorem habere pretium dare, quoniam aliàs nullus erit ejus usus,

usus, quod ipsum eleganter colligitur *arg. § constituitur. Inst. de usufr. l. 2. l. 5. ff. de usufr. ear. rer.* At rei etiam usus est, licet accipientis non fiat, & idcirco traditio sufficit, cum cõmodari, locari possit.

V.

In pretio emptionis licet contrahentibus naturaliter se circumvenire.

l. in causa. 16. §. idem Pomponius ff. de minor. l. item si 22. § final. ff. locat. Rem minus diligenter perpendentes opponunt Canones justitiæ commutativæ, cujus fines *Philosophus. 5. Ethicor.* descripsit: Authoritatem itidem sacrarum literarum proponunt, præsertim illud, quod *D. Paulus. 1. Thessal. 4 dicit.* Ne quis opprimat, aut fraudet in negotio fratrem suum propterea quod ultor est Dominus de his omnibus. *& 1. Corinth. 6.* injusti veluti, qui damno afficiunt fratres, regni Dei hæreditatem non consequentur. Hæc & similia quosdam moverunt, ut legis iniquitatem inculcent pessimè; Nec enim hanc læsionem aut circumventionem eo usque extendimus, quasi & fraudare & decipere malevolè alium permittamus, absit; Nec enim jus, quod est ars æqui & boni, magis quicquam adversatur, quàm dolum malevolamve deceptionem *l. 3. §. final. ff. pro soc. & sequenti quæstione latius deducetur.* Deceptionẽ itaq; eam tantum hic intelligimus, quæ citra fraudulentum contrahentium consilium, re ipsa & incuria contrahentium contingit, quæ ut licita sit, naturalis, hoc est jurisgentium efflagitavit ratio. Nec enim sine cõtractibus magis humana societas conservari poterit, quàm si esum potumque ipsi subtraxeris. *arg. l. 1. ff. de contrahend empt.* At si hanc legem sustuleris, contractuum vigorem, & commerciorum frequentiam ut tollas necesse est: quis enim, si exacta illa & mathematica pretii æqualitas foret ita anxiè & scrupulosè observanda contractum inibit; quis rem suam (paulo majori vel viliori pretio, si emptionem rescindendam dixeris, *l. si voluntate C. de rescind. vend.*) per emptionis & venditionis contractum communicabit? Unde & eleganter *Mimus* dicebat: Hic omnium est animus vili emere, carè vendere: Quod ipsum confirmat *l. si voluntate C. de rescind. vend.* Sed dices, jactas tu quidem circumventionem reipsa contingentem, cum tamen *ex Ulp.* sententia nihil intersit, ignorantia an

calliditate fallatur emptor. *l. 1. §. 2. ff. de ædil. edict.* Rectè nihil interest, si deceptio illa circa rem ipsam versetur, non verò si circa rei pretium, quod & formula ædilitii edicti te docebit.

VI.

Emptio dolo inita ipso jure nulla est.

Erit hæc quæstio superiori conjungenda. Firmatur *l. 3. §. fi. nal. ff. pro socio. l. 7. ff. de dolo malo. l. 16. ff. de minor.* quod evidenter confirmat *l. si quis cum aliter. 36. ff. de V. O.* ubi dicitur: quod contractus stricti juris, cui dolus causam dedit, mero jure subsistat. *l. 5. C. de inutil stipulat.* Ex quo consequitur, aliud in bonæ fidei contractibus dicendum esse; Aliàs enim inter has nulla erit differentia. Audio, quid regeratur, consequentiæ rationem non sat esse firmam, cùm tàm in contractibus stricti juris, quàm bonæ fidei bona fides requiratur. *l. 4. C. de O. & A.* Rectissimè, & nos in utroque requirimus, diversimode tamen, ut in bonæ fidei contractibus bona fides sit fundamentum, non item in stricti juris. Addatur hæc ratio, quoties dolus purgatur per actionem, descẽdentem ex eodem contractu, illa quoque ex dolo defuncti in hæredem datur licet, licet nihil ad eum pervenerit. *l. si hominem. 7. §. datur. ff. deposit. l. ex deposito. 12. l. ex contractib. 49. de O. & A.* Verùm quando dolus contractui bonæ fidei causam dedit, actio adversus hæredem non competit. *§ liquando. Instit. de perpet. & temp actiõn.* Contrarium docuerunt *Coras. 2. miscel. 8. Robert. 3. animad. 1. 2. & 4. moti l. 13. §. per contrarium. ff. de act. empt.* R. Loqui de dolo incidente. Atque ita simul intelligimus *§ si quis colludente. d. l. 13. l. 12. §. 1. de Iur. dot. l. 11. §. si quis virginem. ff. de act. empt l. tres fratres. 35. de pact. l. 3. C. commun. utriusq; iud. l. si quis 9. ff. de dol. incid. l. 80. ff. pro socio.* & ne quis more empiricorum unico emplastro variis morbis nos occurrere existimet, eum ut penitius allegatos textus introspiciat, monemus. Restat *l. 5. C. de Rescind. vend.* ubi venditio dolo extorta rescindi dicitur quod argumento statuunt certissimo ipso jure substitisse. *l. 1. ff de injust. rupt. irr.* Respondet *Cujac. ad l. & eleganter. ff. de dol.* quem, qui sequi velit, per me licet: Mea sic stat ratio: *d. l. 5.* non de dolo causam dante emptioni, sed incidente loqui. Sed hoc ambiguum esse, dices, fateor. Ergò ex *l. in ambigua. l. 19. ff. de ll.* dicemus. In ambiguis eam inter-

terpretationem sumendam esse, quæ vitio caret. Denique opponitur, quod contractus bonæ fidei, doli mali exceptionem in se continet. *l.74.§.qui servum.ff.de leg.1.l.3.de Rescind.vend.l.7.§.adeo.ff. de pact.* R. non rectè ex eo inferri. Ergo nunquam dolus malus reddit contractum ipso jure nullum.

VII.

Jus accrescendi in emptorem hæreditatis transit.

Hæreditas est jus universum. *l.hæreditas ff.de R.I.* Ergo hæreditate vendita semper illud jus venditum intelligitur, quod penes hæredem futurum esset, si ea vendita nō fuisset, ut neq; amplius neq; minus juris emptor habeat, quàm apud venditorem eundemque hæredem futurum est. *l.2.in pr.ff.de hæred. vel act. vendit.* Deinde pars hæreditatis non personæ, sed portioni instar alluvionis accrescit. *l.si Titio.33.§.1 de usufr.* Ergò & emptori, qui portionem habet, accrescit; *l.si totam.83.ff.de acquir.hæred.* Obstat primò illud, quod dici solet: qui semel hæres est, non desinit esse hæres. *l.2.C. de pact.l.8.§.Sed quod de minor.* R. nudum nomen sine effectu ullius commodi, quod inde percipere potuisset, penes ipsum remanere. *2.Oppono.* Qui hæreditatē vendidit, adhuc possidere intelligitur. *l 4.§.ultim.ff.si quis omiss. caus.testam.* R. Videri *possidere*, ut lex habet, quod secundum subjectam materiam intelligendum est. *Obstat.* Quod cui nihil dare voluit testator, ei etiam nihil dandum sit, quod in proposito apparere volunt. R. Testator ei dari voluit jus accrescendi, qui hæreditatem suā habiturus est, quam nunc emptor habet, venditor autem se eo jure indignum fecit, qui quantum in se est, voluntatem ejus repudiavit *l.4.l ita.27.§. qui suspectam.ff. ad SC. Trebell.* & pecuniam à testatore honori delato prætulit, *Obstat,* quod creditoribus defuncti & legatariis venditor teneatur. *l.2.C.de hæred. vend. l.2. C. de legat.* R. est in prima objectione, cujus hic effectus est. *Oppon.* Quod jus accrescendi in contractibus non obtineat. *arg.l.110.de V.O.* R. in nostro casu emptorem non ex contractu, sed ultima defuncti voluntate habere, *ut tertia responsio cum sua objectione indicat.* Finaliter à nonnullis & illud objicitur, quod pretium suc-

succedat loco rei, & non minus habere intelligitur, qui pretium quàm qui rem habet. *l.22.ff.de hered.pet.* **ȳ.** desumi potest ex traditis à à *Gædd.in l.98.n.10.de V.S.*

IIX.

Anne l.2.C.de Rescindend.vendit.*æquitate nitatur?*

Summa seu epitome hujus constitutionis est: *Venditori ultrà dimidium justi pretii læso, aut rem restituendam, aut justum rei venditæ pretium ab emptore supplendum esse.* Quod ipsum propter sequentia dubium redditur. Et quidem quod primò dici solet: contractus ab initio voluntatis esse, sed ex post facto necessitatis, *l.sicut.C.de O.& A.* Et quod vel maximè in contractu emptionis & venditionis dicendum est, à quo, ut nominatim rescriptum est, non licet invito altero resilire. *l.3. C.de Rescind. vend.* Adversatur quoque quod dicitur: rem tantùm valere, quantùm vendi potest. *l.1.§.si heres.ff.ad l.Falcid.l.si servus. & ibid. gloss.ff. de Condict. furtnec.* prætextu paulo vilioris pretii venditionem rescindendam esse. *l.68. C. de rescind. vendit.* Oppugnatur insuper non leviter ex eo, quod *Pompon. JCtus.in l.16. §. penult. ff de minor.* respondit: licere contrahentibus se invicem in contrahendo circumscribere: quod ipsum *Paul.in l.22. §. final.ff. locat.* nominatim ad emptionem & venditionem extendit. Unde & Mimus dicebat: hunc esse emptorum animum, quàm minimè emere, venditorum carè vendere. Accedat huc etiam, quod venditori imputandum videatur qui rem suam non justo pretio vendidit & enormiter deceptus fuit, cum nemo præsumatur vires suarum facultatum ignorare. *l. quisquis. C. de rescindend. vendit.* & in facto proprio error intolerabilis sit. *l.plurimum. ff. de jur. & fact. ignor. l.cum falsam.ff.de acquir. hæredit.* Verùm his omnibus non obstantibus contrarium optima ratione Impp. in *l. nostra* constituerunt. Id enim tralatitium est: In omnibus æquitatis potius, quàm stricti juris rationem habendam esse. *l. placuit. C. de Judic.* Æquitatis autem illud vel maximè est, ne venditio tàm immodica valeat, siquidem ea admissa hujus frequentissimi contractus iniquitate, una pars generis humani exhauriretur; Unde & illud humanum esse, rescripserunt in *l.nostra* Imperat.

Ad-

Adde: jus esse artem æqui & boni *l. 1. ff. de Iust. & Iur.* Et sublata arte boni & æqui, nihil esse reliquum, quo negotia hominum possint rectè definiri. At ea iniquitate admissa æquitas oppugnatur, contra bonum publicum facultatibus suis exuuntur homines, cum tamen intersit Reipublicæ quàm ditissimos habere cives. *arg. § finalis. Inst. de his qui sunt sui vel alieni juris.* Nec quicquam faciunt in contrarium allata. Quod enim primò loco adferebatur: Contractus esse in initio voluntatis, sed ex post facto necessitatis: id quidem verum est in genere, & secundum juris stricti regulam, sed in hypothesi & casu legis nostræ ex æquo bono effectus ejus propter nimiam læsionem impeditur; Ut nec sic *l. 3. C. h. t.* obstet, quæ eo in casu loquitur, ubi emptio & venditio jure perfecta est. Quod secundo loco adferebatur, rem tantum valere, quantum vendi potest, nihil officit, siquidem in proposito casu carius res vendi potuit. Nec quod adfertur *ex l. 8. C. h. t.* alicujus momenti, cùm lex ipsa hanc limitationem addat, nisi ultra dimidium justi pretii deceptus fuerit. Tertiam dubitandi rationem quod attinet, quæ desumpta est ex *l. 16. §. pen. ff. de minor. & l. 22. §. final. ff. locat.* hoc vult, licere contrahentibus se invicem decipere, quod nec lex nostra negat, sed ne commercia impediantur, quod fieret si semper exacta illa & Mathematica pretii æqualitas anxiè & scrupulosè foret observanda. *Covar. 2. variar. resol. c. 3. n. 2.* deceptionem eousque probat, dum non dimidiam veri pretii partem excedat. Finaliter quod afferebatur, neminem valorem rei suæ ignorare, atque ita propria quodammodo culpa venditorem hanc circumventionem sentire, resolvitur ex fortiori & vehementiori præsumptione, quæ vult, neminem præsumendum esse, suum jactare vel perdere velle. *l. cum de indebito. ff. de probat.* ut sic qui enormè damnum sensit, non videatur scivisse verum rei venditæ valorem. Nam verosimile ex legis conjectura esse non videtur, si veram rei venditæ æstimationem scivisset, cum tam vili exiguoque pretio rem distracturum fuisse. Atque ita rectè *Cynus ad hanc leg. in q. 14.* regulam de præsumptione rei scientiæ rei suæ exaudit. Quærendum hoc loco primò omnium: *utrumne remedium hujus legis ab Impp. sit introductum, vel potius tempore JCtorum usitatum, saltem repetitum?* Arius Pinell. Jurisconsultus præstantissimus *p. 1. c. 2. n. 2.* contra *Dd.* novè intro-

ductum statuit. A quo non dissentit *Donell. ad l. 9. n. 2.* Moventur, quod in ff. nihil de remedio hujus legis sancitum sit, nec ulla certa quantitas designata. Adducunt etiam in hanc sententiam, *l. 16. §. penult. ff. de minor.* ubi simpliciter statuitur, in contrahendo se invicem contrahentibus circumscribere licere. Tandem & proponunt *l. à Divo Pio. §. si pignora ff. de re jud.* ubi dicitur: non posse quem rescindere conventionem vel acceptationem alicujus rei vel summæ pro re vel quantitate debita debita, etiamsi longè minus acceperit. Verùm hæc tanti momenti non sunt, ut à communi via deflectamus. Quocirca contra *Pinell.* sic statuo; beneficium in hac *l* expressum etiam antè receptum fuisse, sed hac *l. 2.* apertius confirmatum. Ad hoc probandum non omnia *Dd.* fundamenta, ne telam Penelopes retexere, aut crambem recoquere videar, proponam. Unicum hoc pro multis sufficiet, quod deducitur ex *l. 2. ff. depositi* Si hæres, ignorans rem apud defunctum depositam, vendiderit & nondum pretium exegerit, vel si minoris quàm debuit, eam rem vendiderit, conventus actione depositi absolvetur, actori cedendo suas actiones. Duo quasi membra lex continet; Prius si pretium nondum exactum & justum fuerit: Alterum si quidem nec exactum, sed tamen minoris venditum est. Utroq; casu actiones cedi debent: Priori actio ex vendito. Sed quæ posteriori, ex *Pinelli* sententia nulla erit actio, siquidem jure ff. in infinitum decipere adversarium licuit. Sed *JCtus* statuit, actionem cedi debere, & rectè actionem cedet, neque aliam, quàm quæ competit, ob id quod dimidia veri pretii pars juxta constitutionem nostram persolutum non est. Nam si vel dimidium veri pretii æquû sit, venditio rata erit, nec ullo judicio agi potest, de ea rescindẽda, vel sic manifestum læsionis ultra dimidium in ea vestigium appareat. Ad quod etiam rectè adducit *Cujac. l. 47. ff. de Evict.* ubi species relata est rei venditæ, ad finem dimidiæ justi pretii, servi scilicet valentis decem & venditi quinque, quæ venditio rata & firma est. Deniq; sic arguo: nullibi in ff. libris invenitur species rei venditæ dimidio minoris & ratæ venditionis. Ergò nec statuendum eo jure ratam haberi venditionem, quæ tàm immodicam læsionem continet. Nec ab hac sententia nos dimovebunt à *Pinello* allata. Quod enim primò in acie collocabatur, ne videlicet hac de re in ff. expressum esse, ex-

ju-

supra dictis resolvitur, ut & illud, quod de expressione certæ quantitatis allatum est. Argumentum secundo loco propositum *ex l. 16. §. penult. ff. de minor.* jam in primo capite resolutum est & hîc repeto, catenus videlicet contrahentibus se circumvenire licere, quatenus illa deceptio ultrà justi pretii dimidium non procedit. Denique adductum *ex l. à Divo Pio. §. si pignora. ff. de re judicata.* alium intellectum habet, *ex traditis in disp. w. 21. q. 5.* Controvertitur & hoc à nostris. AN HÆC LEX PROCEDAT ETIAM IN EMPTORE? Ratio legis generalis est. Ergo & generalis ejus dispositio erit. Quæ ratio? Læsio. Non enim venditori dictum remedium competit, quia venditor est, sed quia læsus, quia deceptus est. Ergò si & emptor læsus erit, hoc remedium *d. l. 2.* competet. Porro beneficium hoc ex humanitate profluxisse argumento est *d. l. 2.* At quis non æque emptori, quam venditori subvenire humanum esse dixerit? Imò longè *(inquam)* meliore & æquiore ratione ipsi, quàm venditori subveniemus; siquidem venditor circumventus habet, quod sibi imputet, cùm præsumatur habere notitiam valoris rei suæ. *l. quinquis C. de Rescind. vendit.* cur tàm vili levique pretio suas res distraxerit: Emptori autem nihil tale adscribi potest, quia non scientia, sed ignorantia in factis rebusque alienis præsumitur. *l. ult. in fin. ff. pro suo.* Nec ullius momenti sunt *Cujac. observ. 18. & 23. obs. 32.* rationes Primo enim loco quæ ex eo adfertur quod *L. nostra* tantùm de venditore loquatur, fragilis admodum est cum cōstet *leges Codicis* ad species propositas applicatas esse, quibus neque addunt neq; detrahunt quicquam. Sic itaq; *lex nostra* loquitur tantum in venditore, quia de eo *consulti Imperatores* responderunt, non quod idcircò, si de emptore interrogarentur, negarent. Cætera *Cujac. arg.* refutavit *Johan Robert. 2. animadvers. 13.* Nos interim brevibus præcipuas *d. l. 2.* quæstiones percurremus I. AN BENEFICIUM HOC IN CÆTERIS CONTRACTIBUS TÀM STRICTI JURIS, QUÀM BONÆ FIDEI OBTINEAT? Affirmo, dummodo causæ similes sint, hoc est, unus det & alius vicissim accipiat, ut juxta regulam: in quibus eadem ratio est, in iisdem idem jus statuatur *l. illud. ff. ad l. Aquil. arg. l. non possunt. ff. de leg. 2.* Quid DE TRANSACTIONE dicendum est? In ea beneficium hoc obtinere negamus, *propter l. Lucius. §. ult. ff. ad SC. Trebell.*

Ffffff 2

bell. l. 19. C de Transact. Transactio & juramentum æquiparantur, *l. 2. ff. de jurejurand.* Causa verò ob quamcunque læsionem non rescinditur, si jurejurando sit finita, *l. non erit. §. dato. l. nam postea §. 1. de jurejurand.* II. Transactio Et Res Judicata Æquiparantur. *l. non minorem. C. de Transact.* Sed res judicata non rescinditur ex quacunque læsione. *l. 2. C. quando provoc. non est necess.* Oppono *l. 5. C. de dolo malo.* R. loqui de transactione dolo inita, ut indicat lex ipsa, & rubrica sub qua ea collocata est. III. Num Etiam Scienti Rei Suæ Valorem d. l. Beneficium Dabimus? N. Rationem supra assignavimus in læsione. Sed quomodò sciens læsus vel deceptus dici potest, cum ei injuria fieri non possit? *l. 145. de R. J. c. scienti, de R. I in 6.* Omitto, quod sciens æquiparetur renunciantì, & remittenti jus & actiones suas. *l. 1. § ultim. in fin. de act. empt.* Cui non est regressus dandus *l. quæritur. 14. § si venditor ff. de ædilit. edict.* IV. Quæ Est Immodica Læsio In Emptore? Quæ In Venditore? In hoc communiter conveniunt *Dd.* Tùm dici immodicè læsum venditorem, si nec dimidia veri pretii pars *(ut habet d. l. 2.)* soluta sit. Ut si rem centum aureis dignam, minus 50. vendiderit. De illo, h. e. emptore non una omnium est sententia; Verior est eorum opinio, qui tum immodicè ipsum læsum existimant, si rem emerit pretio excedente plus duplo valorem, *ut in superiore exemplo*, si rem minus 50. aureis dignam centum emerit. V. Cur Tàm Immodica Læsio à Legibus Permittitur? *Molinæus* exclamat duram & iniquam hanc legem esse. R. Idcircò hoc permissum, ut expellatur incuria, & excitetur diligentia, quam hominum natura desiderat, maximè in his contractibus, quibus par est conditio. *l. quod Nerva. ff. depos̄it.* & quodammodò læsi curent in posterum cautius mercari. *l in civi. em. de furt.* Et addatur his, *quæ dixi quæstion. 5.* Num Et Ob Rem Immobilem Competat? Negat *Cujac. 2. Mercat. 2.* Affirmò, Quæ enim esset ratio diversitatis? Vid. *Robert. 2 animadverſ. 12.* VI. Quid De Renunciatione Statuis? Hoc scilicet specialem renuncianti obesse, non generalem *arg l. ult. §. item quæsitum. de condict. indeb. l. hæc adjectio ff. de V. S. l. si libertus. ff de operib. libert.* Nec enim generalis renunciatio extenditur ad ea, de quibus cogitatum non est. *l. si mater decedens. §. cæterum. de inoff. test. l. 9. ff. de transact.*

Un-

Unde & renunciationes stricti juris dicuntur, nec in iis venire, de quibus cogitatum non est *l.35.l.47.§.Lucius de pact.* VII. QUAENAM EX HAC L. ACTIO DATUR? R. Competere actionem ex contractu descendentem. *Oppono;* Quod actio in contractu non competat ad rescissionem contractus, ut *in proposito agitur.* R. Non simpliciter ad rescissionem agi, sed alternative, ut vel justum pretium vel rem restituat. VIII QUAMDIU DURAT REMEDIUM d. l. 2? 30. an. quoniam est actio personalis, quod genus actionum eousque vivit & propagari potest. *l.3.l.4. C.de prescript.30.vel 40.ann.* Plura de hac lege, qui velit, adeat commentaria Doctissimorum *Pinelli & Jacob. Gourei.*

IX.

Arrharum jactura emptionem perfectam non annihilat.

L. 2. C.quando licet ab empt.reced. Quod rectius *Wesemb. in n. ff.de contrah.empt n.9.* contra *Dd.* communiter placuit, & hoc argumento firmatur: Emptio nudo consensu absque arrhae datione perfecta non annihilatur poenitentia contrahentium, nisi simul id quod interest, praestetur *d. l. 1. de act.empt. l. si traditio. C. eodem l sicut. C.de O. & A.* E. multò minus annihilatur, si arrharum datio intervenerit, quoniam ut magis corroboretur contractus, illa intercedit. E. quod ad ejus corroborationem additum, in ejus infirmationem vergere non debet. Nec quicquam faciunt *l.contractus.C.de fid instr. §.1. Inst. de empt.* quoniam de contractu imperfecto loquuntur, ut plurib. *Wesenb.d.loc.* monet.

DE LOCATIONE.

X.

Locatio pecuniae dationem requirit.

Et ut praecipua tantùm attingam, evidens pro hac sententia argumentum est in *l. 5. §. at cum do.ff. de praescript. verb.* quo in loco inter locationem & contractum *do ut facias* hanc constituit *Paul.* differentiam: Ut si pecunia interveniat, sit locatio; si res, *do ut facias*; nisi quis cum *Corras.2.miscell.11.* & aliis quamplurimis, *pecunia* verbum interpretari velit, pro quocunque corpore. Sed

ne illi manifestò oppositionem *rei & pecuniæ*, quam *JCtus* facit impugnent, vereor: vereor itidem, ne sequentia verba: *sicut superiore casu emptio*: eos egregiè refellant. Nam si *pecuniæ* verbum generaliter id accipiant, ut & in emptione generaliter id accipiant necesse est. At hoc absurdum nemo non dixerit. Ergò & illud. Simile argumentum suppeditat *l. 1. §. si quis servum 9.* ibi: sed quia pecunia non dabatur. &c. *ff. deposit.* Vulgare etiam, sed sat firmum argumentum ducitur ex *l. 2. ff. locat.* ubi iisdem juris regulis locatio subsistere dicitur. Respondent contrarium sententes id quidem verum esse in aliis, non autem pretio. At dico comparationem ea in lege ratione tantum mercedis fieri. Opponitur *l. si olei C. locat* 21. Oleum ea in specie rectè solvi, quia certæ pecuniæ summa æstimatum fuit ut inditio est certissimo verbum *ponderationis*, Quod ipsum egregiè confirmat *l. 19. §. si dominus ff. locat.* quo in loco frumentum pro locationis mercede constituitur: Sed quale frumentum? Certo pretio æstimatum, & hoc in omnibus rebus pondere & mensura constantibus permissum est. *arg. l. 9. C. de rescind. vendit. l. 8. C. si cert. petat.* Alterum argumentum ducitur ex vocabulo *mercedis*. Merces (*inquiunt*) non tantùm apud bonos authores pecuniam, sed aliud quodcunque, quod pro labore & stipendio alicui datur, significat. *Varro. 2. de lingua Latin.* quod ut concedam, facilè inducor. Sed an in materia locationis dici illud possit, quæro? Nego per *l. 1. §. final. ff. mandat.* Contrarium (*inquit*) officio est merces; interveniente enim pecunia res ad locationem & conductionem potius respicit. Ecce merces, de qua antea JCto sermo fuit, statim ab ipso pecunia appellatur.

ADDITIO.

Quia nihil tàm est proportionabile, quàm pecunia. *l. si ita fidejussorem accepto. de fidejuss.* Opponitur *l. hac distinctio. 38. §. final. Locat* quia pretium strictè convenit emptioni. *l. final. C. de pred. de jur. l. si quis eorum. de legat. 3.* Verum responsio ex fundamentis nostris peti potest.

XI.

An locator rei alienæ etiam ad interesse teneatur?

Assir-

Affirmat *Anton. Fab. 7. conjecturar. 5.* Negat *Cujac. 8. ad African.* in explicatione *l.35. ff. locat.* Neutrires acu tacta est, sed ita ex legibus statuitur: Si sciverit locator rem alterius esse, & nihilominus per fraudem alteri locet, tenebitur ad interesse *d.l.35. ff. locat.* Atque ita intelligo *l. 8. ff. eod.* Sin verò ignorans & bona fide, tenebitur tantùm ad mercedis remissionem *d.l.35.* Hactenus *Cujac.* rectè. Quod sequitur in *l.9 ff. locat. nihilominus teneri eum ex conducto:* non tum ipso ad mercedis remissionem, neque cum *Fabro* ad id, quod interest, refero, sed ad hoc, quia vel ratione probabili alicujus affectionis, aut commoditatis domum retinere velit conductor, aget ex conducto contra locatorem, ut ei præstet frui quod conduxit, forsan enim verus dominus domum eodem pretio & eidem conductori locabit. Videbit itaque locator, num illud à vero domino obtinere possit. Planè si dominus non patiatur, hoc est, assentiri noluerit, & locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam præstare, æquissimum est, absolvi locatorem, quòd non de interesse, sed de restitutione mercedis intelligendum est, quam urgebat ea in specie conductor. *& hæc pro instituto sufficiunt, plura in disputatione addemus.*

DE EMPHYTEUSI.

XII.

Emphyteusis origine est jurisgentium.

Cum quæritur, unde res aliqua effluxerit, magis initium & originem antiquiorem, quàm id quod extrinsecus vel ex post facto aliunde obvenit, attendere solent JCti *arg. l. in finalibus ff. fin. regund l. si eum §. si injuriarum. ff. si quis caut. l. item veniunt. §. cum prædiximus. ff. de petit hæred.* Qui enim spicam excutit, non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit. *l. adeò §. videtur. ff de adq. rer. domin arg. l. palàm. in fin. ff. de testam.* Sic itaque licet ex Imperat *Zenon.* constitutione forma à locatione & emptione secreta emphyteusi addita sit. *§. adeò autem Instit. de locat.* Inde tamen juris civilis perhiberi nec potest nec debet; non dissimili modo; si quis testamentum idcircò juris civilis dicere velit, quia formam ei addidit jus civile reliquis gentibus incognitam. *vide disput. 7. quæst. 3.* Porrò pervulgatū est: Regulæ tamdiu standum esse do-

donec de exceptione docetur. Regula autem hæc statuitur in *§. ult. Inst. de jure nat. gent. & civ. l. 5. ff. de Iust. & Iur.* omnes contractus jurisgentium ferè esse. E. donec excipi Emphyteusin non doceatur, meritò eam sub regula comprehendimus. Sed exceptionem nonnulli his sequentibus probant argumentis: Contractus jurisgentium non requirunt scripturam *l. 4. ff. de pign. l. 4. de fid. inst.* At Emphyteusis scripturam requirit *l. 1. C. de Iur. Emphyt.* E. Respondeo ad majorem, emptionem esse jurisgentium *l. 1. ff. de contrah. empt.* Et nihilominus, si ita inter partes convenit, scripturam requirit *l. 17. C. de fid. instr.* Si hoc partium conventio efficit, ut contractui jurisgentium scriptura necessaria sit, multò magis *Imperatori* licebit constituere, ut contractui jurisgentium addatur scriptura, & hoc constituit *Zen. d. l. 1.* Sic argumentantur: quoties aliquid addimus vel detrahimus jurigentium, jus proprium, h. e. civile efficimus *l. 6. ius civile ff. de Iust. & Iur.* At contractui Emphyteutico multa addidit *Zeno*, ut sc. scriptura accedat, ut damnum rei particularis sustineat Emphyteuta. *d. l. 1.* E. Respondeo ad majorem: addimus juri naturaliter dupliciter, vel in *forma*, vel in *materia*: priore modo, ut in matrimonio, testamentis & similibus, non efficimus illud jus proprium, sed ratione originis est & manet jurisgentium: Posteriore modo, ut de tutelis videre est, rectè jus civile illud dicimus. Ad quem verò horum Emphyteusis sit redigenda, *ex superioribus* patet.

XIII.

An contractus bonæfidei? (a) *An nominatus?* (b)

(a) Quod enim mutatum non est, cur statu prohibetur *arg. l. sancimus. C. de test. ann.* At olim contractum bonæ fidei fuisse constat, licet incertum illud, quis propriè & peculiaris receßet. Ergò & hodiè. Et cur jam stricti juris statues? An quia formam accepit aliam? Rationem consequentiæ non video, nisi fortè aliqualiter eam confirmaveris argumento ducto ex *§. action. Inst. de actionib.* ubi juxta veram & communem *(de qua disputatio 18.)* sententiam omnes bonæfidei contractus recensentur; Verum inter illos Emphyteusis non est. Et per consequens bonæfidei contractus non est. Audi ad eum locum ra-

pul-

mium *Hug. Donell.n.39.* Omnes contractus bonæ fidei vel verbis vel sententia *d.§.* continentur: Verba emphyteusin non exprimunt; sententia utique; & non tàm quid verbis, quàm quid sententia legis opprimitur, attendendum est. *l.6.§.1.ibid. Gædd.de V.S.*

(b) Ajo per *l.1.C.de jur.emphyt.* & elegans non tantum Logicis, sed JCtis. à sufficiente partium enumeratione argumentatio est, quam in proposito sic instituo: Innominati contractus reperiuntur quatuor: Do Ut Des; seu, quod idem, permutatio, Do Ut Facias, Facio Ut Des, Et Facio Ut Facias. *l. 5.ff.de præs.verb.* ut *Jason.* ibidem rectè moneat, natura ipsa duce plures esse non posse. At inter hos emphyteusis non reperitur. Ergò. Et hæc communis est opinio: *Opponitur:* Contractus nominati sunt, quorum mentionem *l.12.tab.* facit *l 3.ff.de præs.verb.* Verùm *l.12.tab.* Emphyteuseos nullam mentionem fecit. Ergò. R. per instantiam: literarum obligationis non meminit *L.12.tab.* Ergò non est contractus nominatus. Et ratio quia tempore *L.12. Tabul.* in usu non fuit, ut & emphyteusis, cujus nomen demum à *Zenon.* introductum est.

XIV.

Cur jus suum invito Domino potest donare, non item vendere Emphyteuta?

L.ult.C.de jur.Emphyt. inhibet emphyteutæ certis sub conditionibus venditionem, quas plurimi etiam in donatione obtinere putant. Malè dummodo idoneis jus suum donet. Ratio autem differentiæ inter contractum donationis, & venditionis manifesta est, Domino denunciatio fieri debet, ubi vendere jus suum vult emphyteuta, quia æquum est domino potestatem emendi eodem pretio facere si velit *d.L.ult.§. sed ne hac.* In donatione autem ea ratio non obtinet, donatio enim gratuita est, & benevoli erga benemerentem affectus declaratio, quam non æque aut saltem per injuriam erga se, ut erga benè meritum petit declarari dominus. cū hujus affectionis certæ causæ sint, nec domino cum donatario communes. *arg l.nec adjecit ff.pro socio. Donell.9. comment. 14.* Nec his adversatur juris regula, qua dicitur: eidem vendendi jus esse, cui donandi. *l.cujus.163.de R.J.* Quia regula

Gggggg. tum

tum demum obtinet, si non donandi & vendendi diversa appareat ratio, sic & decurio prohibetur prædia sua vendere sine decreto judicis, potest tamen ea donare. *l. final. C. de præd. decur.* Facilius enim homines inducuntur ad vendendum, quàm donandum propter commoditatem pretii.

XV.

An Emphyteuta per triennium cessans solvere, ipso jure cadat Emphyteusi?

In affirmativam concedunt in *l. 2. C. de jure emphyteut. Bald. Salic. Coras.* moti præcipuè *d. l. 2.* quæ tribuit domino facultatem expellendi Emphyteutam. Non ergò opus erit judicis sententia. Deinde utitur verbis: *Cadat omnimodò*: quorum hæc est vis, ut inducant aliquid *ipso jure. Matth. Silam singul. 111. & 114.* Verùm haud rectè illi mihi rem considerasse videntur, non quod negem ipso jure domino ad emphyteusin viam sterni, sed non inde inferendum fuerat, domino propria & privata authoritate concedi, ut possit emphyteutam expellere, non secus uti in vasallo dici consuevit, eum quidem ob feloniam feudo ipso jure, nô tamen sine judicis sententia declaratoria privari. *c. 1. de Feud. sin. culp. nô amitt. c. 1. §. sancimus. quo temp. milit. invest. pet poß.* quod ideò ne litium seges inter eos oriatur, quos sua jurisdictione potest compescere prætor. *l. 13. §. sed si inter duos. de usufr. l. non est singulis. 176. de R. J.* Quò pertinet & illud, quod traditum legimus: creditori non licere, etiãsi pacti id ei à debitore concessum fuit, debitore resistẽte possessionem fundi ingredi. *l. 3. C. de pignor. & hypoth.* Jus n. publicum idcircò judiciorum vigorem, ejusq; tutelã in medio posuit, ne quilibet privatus sibi ipsi valeat permittere ultionem *l. nullus. 13. C. de Judæis*, atq; hoc multò magis dicendum est in contractu censuali, in quo non solvens census etiã intra 300. annos non privatur bonis censitis, sed saltem cogitur restituere census residuos, *Socin. in Consil. 167.* Aber nach Sächsischen Rechten ist des Zinsmann Straff / wan er auff den Tag / da er seine Zins geben soll / nicht erlegt / daß derselbige ob moram duplirt werde / *per textum articul. 54. libr. 1.* Landrecht. Quem textum ibidem interpretatur *Saxonici Juris callentißimus Zobel. & Conceptores Constitut. Saxonic. p. 1. de contract. q. 13.* Quæri sic potest, *an in dubio* præ-

præsertim casu privationis præsumatur emphyteusis vel censiticus contractus? Disting. aut loquimur de emphyteusi privati, & tunc in dubio præsumimus censiticum contractum, quia in odiosis & privativis non debet fieri, præsertim in causa privatorum extensio. Aut loquimur de emphyteusi Ecclesiastica, & tunc in favorem ejus fit extensio, & dicitur contractus emphyteuticus. Atq; secundum hanc distinctionem pronunciatur *Concept. Constit. Sax. p. 1. de contract. q. 14.* Si dominus canonem receperit ab emphyteuta, postquam jam erit privandus jure suo, quia non solverat, utrum videatur pœnam ipsam privationis seu caducitatis remittere? *Vide Fachin. 1. controvers. 99.*

EXERCITATIO DECIMA QUINTA.

RESPONDENTE

ANDREA GÔTZEN Soltquellense.

THESIS I.

Societas ratione bonorum duplex est: generalis & specialis (a) *circa illam quæritur: An etiam tacitè contrahatur?* (b)

(*a*) *Vult. 1. Jurispr. Rom. 31.* non tamen inter fratres contracta censebitur eo ipso, quod hæreditas paterna inter ipsos indivisa permanserit *arg. l. 39. §. 3. ff. famil. ercisc und. Menoch. 2. de arbitr. jud quæst. cent. 2. cap. 127. n. 15. Soaretz. lit. S. n. 125.* nisi fortè omnia lucra communicent, sine rationum subductione *arg. l. 52. §. 6. ff. pro soc.* AN VERÒ TRADITIO IN GENERALI SOCIETATE REQUIRATUR? Nego, sed ipso jure ratione dominii sibi invicem communicantur, quod utilitatis causa receptum est,

quia non videbatur sine magno incommodo omnium rerum, quæ in patrimonio cujusque sunt, traditionem fieri. *Duar. h. t.* nisi nomina & actiones sint, quæ non continuò communicantur, sed opus est cessione. Quæstioni adversari videtur *l. 5. juncta l. 7. ff pro socio.* Ex quibus colligitur, societatis quinq; esse species, quod nonnulli secuti planè aliter ac nos hanc rem considerarunt. Verùm rem magis confundunt, quàm distinguunt, ac proinde dicimus, omnes illas species ad hãc dichotomiã facilè reduci posse.

(*b*) Affirmantes hoc utuntur argumento. Societas re iniri potest *l. 4. ff. pro socio.* E. & tacitè, siquidem re inire, nihil aliud est, quàm tacitè inire. *l. 2. ff. de pact. Crav. consf. 26. n. 5.* Negantium tamen sententia mihi verior videtur, *per l. 7. & 8. pro socio.* Ubi simpliciter inita societas tantùm ad quæstum communicandum tendit. Deinde inita omnium bonorum societate, hæreditas, legatum & donationes communiter acquiruntur. *l. 3. §. 1. pro socio.* At simpliciter & tacitè inita societate illa non veniunt, nec communioni acquiruntur. *l. 7. 8. 9. 10. 11. ff. eod.* Nec alicujus momenti est contrariorum argumentatio, si modò re societatem inire, aliud quàm tacitè in *d. l. 4.* esse animadverteris.

II.

Sumptus filiof. studiorum causa subministratos societati imputari verius est.

Distinguit *Hugo Donell. in rubr. n. 18. C. h. t.* ut si parens post contractam societatem filium studiis destinavit, qui prius non erat destinatus, hoc sumptus perferet solus parens. Si autem ante societatem liberi in studiis alebantur, hos sumptus consequitur de cõmuni: Quæ distinctio etsi colorẽ habere videatur, magis tamen mihi placet, nulla distinctione illud afferere, propter *l. societatem 73. §. final. ff. pro soc.* quæ simpliciter statuit, ea quæ in honorem alterius liberorum erogãtur, societati imputari, quod magis ac magis confirmatur *ex l. cum duob. 52. §. final ff pro socio.* Ubi & condemnatus per injuriam ex societate id, in quo damnatus est, consequi potest, quantò magis socius parens illud ipsum, quod in filii studia impendit, consequetur? Superiori consequens est casus *l. 39. §. 3 ff fam. ercisc.* & tralatitium est, in societate ea imputari, quæ ex necessaria, probabili & honesta causa impendun-

duntur, quod de his impensis negari nequit, quinimò studiorum causa ferè semper dotium causæ æquiparari solet *Bart. in l. 1. in fin. ff. solut. matrim.* Imò magis dote privilegiata esse censetur. *Panorm. in c. final. in fin. de Jud.* & facit *Authent. habita. C. ne filius pro patr.* Verùm si socius pater filiæ suæ dotē dederit, illi sumptus de communi sumuntur, non de portione patris. *l. si socius pro filia. 81. ff. pro socio. Roland. à Vall. consil. 91. vol. 1. n. 40. & 56.* E. & sumptus filiorum studiis impensi.

III.

An periculum pecuniæ in societatem collata pro rata spectet ad eum, qui præstat operas? si tanti sit opera, quanti damnum. Neg.

L. 5. §. 1. ff. pro soc. Constat enim rem domino suo perire. *l. pignus. C. de pignor. act.* Verùm pecuniæ dominus est is, qui eam contulit, siquidem intentio sociorum ea in proposito est, non ut pecunia communicetur, sed tantum ejus usus & commoditas, & per consequens meritò soli conferenti, ut domino, ea perit. Alterum argumentum desumitur ex notatis à *Covarr. 3. var. resolut. 2. n. 2.* Inæqualitatem, nisi ea pacta sit, maximè aversatur societas. *l. 29. ff. pro soc.* At hoc in casu ea permagna contingeret, siquidem is, qui operam adhibuit, duplici afficeretur incommodo: uno modo operam ac industriam perderet; altero & partem damni sentiret; cum tamen ex contrario pecuniam conferens incommodo salva pecunia pro nullo incommodo sit; ea autem deperdita, tantùm partis damnum sentiret. Non obstat *l. cum duobus. §. quidam sagariam. ff. pro socio.* quia loquitur de eo casu, ubi ab utraque parte pecunia contributa est, & in eo casu commune damnum esse nullus dubito. Fortiùs aliquantò refragari videtur, *l. si non fuerint. §. 1. ff. pro socio.* Ubi dicitur: subsistere pactum inter socios hujusmodi, ut qui operam confert, damnum non sentiat amissionis pecuniæ. Unde à contrario colligitur, si tale pactum non intercedat, damnum commune esse, sed nil minus, quàm consequentiam eam argumentatio proposita admittit. Hanc rectius æquitati, eam non dissentaneam esse. Sed dices nil operari adjectum pactum? Concedo, & quid indè? multa pactis expri-

nuntur, quæ aliâs & ipso contractu continentur, & quæ ratio, duplex, *Prima*, ut de æquitate rei constet. *Altera*, ut firmior obligationis ratio extet.

IV.

Non valet pactum, ut ad hæredes societas transeat.

L. adeo 59. ff. pro socio. cujus dicti ratio satis obscura est *inquit Cujac. 10 observat. 25.* Finge contracta inter te & me bonorum omnium societate; convenisse eos in ipso negotio, ut me mortuo continuares eam cum patruo meo: non valet pactio, quia non potui me ipsum quasi quodammodo capite minuere, constricta mihi libertate testandi, cuilibet civi Romano jure publico concessa. Amittitur enim ea capitis diminutione, non pactione nuda. Nam si standum est pacto, non alii potero bona mea relinquere, quam patruo, atque ita cogar patruum forsitan præferre fratri, qui tamen mihi proximior est. *l. cum duobus. §. idem respondit ff. eod.* Quæ eadem ratio in filio vel quo alio obtinet, Quod si cóveniat continuari societatem cum hærede meo, nulla certa persona demonstrata, superior ratio non valet, sed illa, quia incerta persona sit is, in quem post mortem meam societas confertur, & incertæ personæ electio nulla est, maximè in societate. *§ solvitur. Inst. de societ.* Quæ rationes *Cujac.* elegantes sunt & rem intricatam illustrant. Addatur illud Ulpiani *ex l. 35. ff. pro socio.* Nemo *(inquit)* potest societatem hæredi suo sic parare, ut ipse hæres socius sit. Addatur item illud Pauli *ex l. 60. ff pro socio.* Nulla *(Inquit)* societatis in æternum coitio est. At dixeris, quid illud est; quod *Ulp.* dicat in *d. l. 35.* In hæredem socii proponitur actio, ut bonam fidem præstet. Res explicanda est ex *l. hæres. 40. ff. eod.* Negotia si quæ in cœpta sunt, per hæredem explicari debent, & in iis bonam fidem præstare debet. *Objicies*, aliud observari in societate vectigalium *l. 63. §. in hæredem ff. eod.* & rectè, tùm propter negotii magnitudinem, variosq; tractatus, tùm ne dissoluta societate publica locatio damnum faciat. Regeres ex *l. si pactum. 9. ff. de probat.* unumquemque tam suis hæredibus, quàm sibimetipsi consulere. Dicam objectum procedere, nisi contractuum natura eam pactionem aversetur. quod in proposito jam probatum est. Non etiam hûc rectè adfertur *l. 65. §. 12. ff pro socio.* quod enim com-

communiter respondetur, speciale illud esse in rei certæ societate, nec veritatem nec rationem ullam habet, cum semper electio certæ personæ obstet, quocirca simplicius & rectius dices, illud commune esse omni societati, lucrum detrimentumvè inter socium & socii hæredes communicari, dummodò res ante mortem socii cœpta inchoataq; fuerit. Addatur *Thoming decis.13.*

DE MANDATO.

V.

Mandatum est contractus ex consensu de faciendo aliquid gratuitò.

Ex generali definitione illud sequitur, quarumcunque rerum etiam illicitarum mandatum permissum esse, quem nodum ut *Placent.* effugeret in *pr.Inst.h.t.* definit mandatum officium honestum gratis susceptum. Sed præterquam quod genus definitioni improprium additum sit, nec additio *Honestum* necessaria est. Quia (*ut rectè Philosophi ajunt*) multa sunt in re definita, quæ non sunt in definitione, scilicet expreßè, quamvis tacitè inesse præsumantur: Sic mandato tacitè inest, ne turpium rerum ullum mandatum sit, quia nec obligatio *c.non est obligatorium.de R. J. in 6.* Nec res exemplis caret; Unum ex multis oppono. Nuptiæ sunt viri & mulieris conjunctio &c. *in pr.Inst. de patr. potest.* Verè docent Logici, definitionem, quæ cum suo definitio converti nequit, vitiosam esse. At hæc converti nequit. Si enim convertatur, consequens erit, omnem conjunctionem individuam vitæ consuetudinem continentem nuptias esse, quod tamen falsum ex concubinatu apparet; Ideoque tacitè id inest, ut legitima sit conjunctio, & à concubinatu maritali affectione & honore distans. 2. Opponitur *l.6.ff.mandat.* ubi dicitur, honorarium mãdato accedere posse. R. Aliud est merces, aliud honorarium. Exemplo depositi, cujus naturæ conveniens est, ut gratis fiat, adeò ut pecunia ejus nomine depositario data non tantùm actione depositi, verùm etiam si quis eam dare coactus fuerit, cõdictione ob turpem causam repeti possit. *l.ult.ff.deposit.l. penult. & ult. C. de condict. ob turp.caus.* honorarium tamen non respuit *l.1.§ si in deposita.24.de vi bonor.rapt.* quod idem in mandato obtinet.

VI. *An*

VI.

An sit mandati actio in hac specie: Mandavi ut fundum mihi emeres 100. emisti 120: an in 100. mandati actionem habeas?

Hac de specie *Sabiniani* & *Proculiani* inter se dissenserunt, ut constat ex *l.3. & 4. ff. mandat.* Illi negarunt, ut maximè paratus, & 20. quos numerasti ultra mandati formam, remittere. 1. Quia iniquum est, non esse mihi tecum actionem; si nolis; Tibi verò, si velis, mecum *d.l.8. in fin.* Est enim mandatum ex eorum contractuũ numero, qui hinc inde obligatorii sunt, nec ab aliqua parte claudicare debent, quod cõtrario admisso contingeret. Nam si tibi mandaverim, ut fundum emeres 100. Tu autem emeris 120. hoc casu ut maximè velim superfluum exsolvere non tamẽ mihi contra te invitum actio datur, pari itaq; & simili ratione tibi cõtra me denegabitur actio. 2. Diligenter fines mandati sunt custodiendi; nam qui excessit, aliud quidem facere videtur. *l.5. ff. h.t.* At in proposito ex forma mandati illud vel maximè liquet, ut sic ex definitione *Paul. in d.l.* susceptum non impleverit, mihi quidem tenearis, egò verò nulla ratione tibi obliger. Econtra *Proculian.* existimabant, te usq; ad pretium statutum acturum, hoc est, usq; ad 100. Quæ sententia benignior est. inquit *Cajus in d.l.4. h.t.* Nam si tibi mandaverim, ut 100. emeres, ut verò 120. expenderis. Posteaquam paratus es superfluum remittere, utique ex mandati forma nunc 100. emisti; Per contrarium igitur & mandatori ratum habenti id, quod excedit mandati actionem contra ementem dabimus. *(Cujac. 12. observat. 34.)*

VII.

Deportatum mandare non posse, plurimi opinantur, non rectè.

Propter *l. si mandavero. 22. §. is cujus. 5. ff. mandat.* nisi eam cum *Cujac. ad l.8. ff. qui test. fac. poss* de relegato exaudire malis. Sed *Cujacio* adversatur, legem loqui de eo, cujus bona publicata sunt; relegati autem bona non publicãtur, sed ea retinet, nisi expressè pars aliqua bonorum sententià ipsi adimatur. *l.1. l.4. ff. de interdict.*

&

& relegat. Quinimò constat, Deportatum retinere ea, quæ sunt jurisgentium, l. sunt quidam. 17. ff. de pœnis. l. 15. ff. de bon. damnat. Mandatum autem est jurisgentium l. 1. ff. de Just. & Jur. nisi & hoc fundamentum quis enervare velit, ex l. 2. ff. de interdict. & releg. ubi dicitur, deportato permissum non esse, ut servum manumittat, tametsi manumissio sit jurisgentium l. 4. ff. de manumiss. Sed animadvertendum est, eatenus deportatum non amittere ea, quæ sunt jurisgentium, quatenus fisco damnum & fraudem non inferat, quod in manumissione contingeret l. deportatus. 15. ff. de interdict. relegat. & ideò nullius efficaciæ est d. l. 2. Contra Quæstionem opponitur, quod appellatione bonorum & actiones veniant, l. bonorum appellatio. 49. §. æquè ff. de V. S. ideoque bonis publicatis, & actiones publicatæ censentur. R. Argumentum procedere de actionibus ante publicationem quæsitis, non verò de quærendis. Obtinuit (inquit eleganter Costal. d. l. 22.) publicatis bonis alicujus, in publicationem ea tantùm venire, quæ erant præsentia, quæ verò post acquiruntur, in diversa causa sunt. Sed obstat l. 2. C. de bonis proscript. ubi postmodum acquisita etiam ad fiscum pertinere dicuntur. R. Jul. Pac. 4. cent. 87. non pertinere ad fiscum quamdiu deportatus vivit, ideoque deportatus eorum nomine utilem actionem habet. d. l. 22. §. 5. sed eo mortuo devolvuntur ad fiscum, adeò ut deportatus hæredem habere nequeat d. l. 2. Quod hodie fallit, si superstites sint liberi aut parentes ipsius deportati Novell. 134. c. final. Sed Quid De Mandato Deportati Agimus? utique in civitate esse nequit; actiones itaque intentare frustra inciperet. R. Costal d. loc. ipsum non prohiberi actiones suas vendere & cedere, sicut in excommunicato dicimus, qui quanquam non agat. c. intelleximus. de judic. tamen potest actiones cedere, & cessionario recte actio accommodabatur.

VIII.

Mandans delictum, pœna eadem, qua mandatarius delicti author, punitur.

L. non solum. 11. §. si mandato. 3. ff. de injur. l. 15. ff. ad l. Cornel. de Sicar. l. 1. §. 1 ff. de eo per quem fact. Damnum enim dare is videtur, qui jubet dare *l. 169. de R. J.* quod vel maximè in proposito obti-

nebit, cum non tam suasor, quam autor delicti reputari possit. Nec enim ad delicti perpetrationem unquam appulisset animum mandatarius, mandatum, adhortatio, & consilium mandantis nî intervenisset, ut meritò ex regula qua statuitur; parum interesse quis occiderit, an mortis causam præbuerit. *d. l. 15. ad l. Corn. de Sicar.* cum mandatario eidem supplicii generi subjacere debeat. Nec his quicquam officiet, si dixeris, rerum turpium nullum mandatum, nullum contractum, adeoque nullam obligationem existere: Hoc siquidem rectè dixeris ratione obligationis & actionis inter contrahentes, non verò quoad actionem vel accusationem patiendam ei, in cujus præjudicium mandatum est; Atque ita mandatarius tenetur ex ipso delicto propter mandatum, non tamen principaliter ex mandato. *Gomez. 3. resolut. 3. n. 39. Suarez. lit. M. n. 17. & seq.*

IX.

Mandans tamen expreßè ne interficiat, sed tantum percutiat, si mandatarius interfecerit, ipse non mandans ordinaria homicidii pœna tenebitur.

Non enim exitus, sed principium perpetrandi delictum introspiciendum monent *l. 53. ff. de furt. l. 26. C. ad SCtum Vellejan. l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. ad l. Corn. de Sicar.* Principium ex animo æstimamus, qui in casu nostro non fuit talis, ut interficeretur homo, sed percuteretur; Merito itaq; non mandans, sed mādatarius, qui fines mādati excessit, pœna ordinaria tenebitur. *l. 22. C. de pœnis. l. 26. ff. eod.* Sed age, si mandantem ordinaria legis Cornel. de Sicariis pœna teneri dixeris? quo colore illud adstrues? an quia cogitare debuerat, ex percussione percussum posse mori? dicam ego & longè æquiori & tutiori ratione, ipsum in culpa, nō in dolo versari. atq; ita jure meritò absolvi, cum tralatitium sit in L. Corn. de Sicariis dolum pro basi & fundamento requiri. *l. 1. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* Repetit forsan & hoc loco, quod *in præcedenti quæstione* dictum est, parum interesse quis occiderit, an mortis causam præbuerit. *l. nihil interest. ff. ad l. Corn. de Sicar.* quod axioma verissimum est, eo quo tum allegatum, casu, h. e. ubi quis directè dolo malo-

malo mortis causam præbuit, quo mandantem in proposito carere prolatum est. *Scio* & hoc adferri solere. *l. si quis aliquid. §. qui abortionis. ff. de pœn.* ubi etiamsi dolo non faciant, qui abortionis aut amatorium poculum dant, nihilominus puniuntur. Et certè puniri ratio suadet: Res mali exempli est (*inquit JCtus*) & in casu nostro: Nec negari potest, quin res pessimi exempli sit. Undè & ipsi arbitrio judicis pœnam imponi volumus, sed nostrum facilius opinatio, quàm istum excusare potest, hoc ex communiter accidentibus dignoscimus. Ex colapho non quis statim occumbet; at ex propinatione abortionis aut amatorii poculi res semper ne in pejus vergat, subvereri necessum est: De altero, notus est ille versiculus:

Philtra nocent animis, vimque furoris habent.

Et in summa, in casu utroque animum rimamur, qui in nostro talis est, ut percutiatur adversarius, non interficiatur; In altero, ut partus abigatur, contra naturales & civiles leges; Aut amor modo & ratione nō satis licita contra naturales (*quod te Physici docebunt*) & civiles itidē leges concilietur. et hinc diversitatis ratio.

X.

Mandatarius etiam de levissima culpa tenetur.

L. à Procurat. 13. C. Mandat. in qua exclusio casus fortuiti satis innuit inclusionem culpæ etiam levissimæ. Probat & hanc sententiam *l. contractus. ff. de R. J.* modò juxta vulgatam lectionem eam sic accipias. Contractus quidam dolum & latam culpam tantùm recipiunt; quidam & dolum & culpam latam & levem; quidam etiam recipiunt diligentiam, id est, culpam levissimam, ut est, mandatum, commodatum, &c. & hanc lectionem confirmat *Constant. Harmenop. lib. 6. Epitom.* π. περὶ διαφόρων κακῶν. Confirmatur & ex eo, quod *Paul.* ait: diligenter fines mandati custodiendi sunt; Nam qui excessit, aliud facere videtur, & si susceptum non implevit, tenetur *l. diligenter. 5. ff mand.* & cur mandatarius eligitur? annè propter industriam? nam cur tibi potius mandare volui, quam ipse rem meā gerere? nisi quia vel te magis industrium credo, rectius eam curaturum; vel quia

 mi-

mihi non vacat eam administrare: si propter hoc ultimum, cur tibi magis, quàm alteri? sanè quia diligentiorem te solertioremque arbitror. 1. Opponitur, non esse æquum, ut is, qui gratuitam operā præstat, ulterius quàm de lata culpa teneatur, ut in deposito videre est. R. aliud in deposito, aliud in mandato observari: Depositum sine diligenti opera contrahitur. At mandatum negotiosum est. Custodire rem amici renuere nemo solet sine ingratitudinis nota. A gerendis negociis potest quivis audacter se excusare, cum operam industriamque requirant. Rectè amico non pollicebitur suam operam, nisi exacto versetur officio, ideoque haud quicquam neglectum ac declinatum culpa vacuum est. 2. Oppon. *l. in re mandata. 21. C mandat* ubi dicitur aliena negotia exacto officio geri. R. eo loci exactum officium significare exactissimum, ut patet ex verbis sequentibus. 3. Oppon. *l. si procuratorem. 8. §. dolo. l. idemque 10. in pr. l. 26. §. non omnia. versf. sed cum servus. ff. mandat.* In quibus legibus simpliciter culpæ mentio fit. At tralatitium est, tùm levem culpam subintelligi. R. id procedere, nisi aliud subjecta materia suadeat, aliud mandatum postulare ex superioribus constat. 4. Quòd tutor tantum de levi culpa teneatur. *l. 3. §. fin ff. de suspect. tutor. l. 7. arbitr. tutel.* Cur non igitur & mandatarius. R. ratio differentiæ inter tutelam & mandatum manifesta est: illa voluntaria non est. *§. sed ex. Inst. de Attil. tutor.* Hoc verò liberum est.

QUASI CONTRACTUS.

XI.

Negotiorum gestor tenetur de levi, non etiam levißima culpa.

L. si negotia. 11. ff de negot. gest. l. 20. 22. C. eod. Cujus rei ratio elegans desumitur ex *§. 1. Instit. de oblig. quæ quas. ex contr.* Quæ enim causa introducendæ actionis negotiorum gestorum? ne absentium negotia desererentur; at si exigatur levissima culpa (quæ pene culpa non est) annne contra finem hunc à negotiorū gestione homines avertemus? Hoc argumentum speciosum dicit *Vultej. JCtus doctiss. discept. 13.* Sed in conjectutis, non in jure positum. Nihil *Vultejo* reponam, præter collectionem *Justiniani*, ut *d. §. 1.* necessum fuit actionem contra absentes dare, quia (*inquit*)

quit) aliàs nemo curaturus esset eorum negotia, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus sit actionem. At ex *Vulteji* sententia hoc in conjecturis positum erit, quoniam amicus absentis amici negotia, etiam nulla proposita actione, gesturus est, vel quia ei, si quid impensum, donet, vel quia non gravatè expēsas testitaturus sit absēs. Sed nihil iis motus *Justinian.* (quia multa contingere possunt, ne reddat absens) ad juris necessitatem rem redegit. Sic in proposito, etsi hoc in conjecturis positum videri possit, quia tamen eæ minimè ex communi hominum natura fallibiles sunt, jus eas pressius insequitur & confirmat. Quis enim absentis curam suscipiet, si non ea diligentia sufficit, quam diligens paterfamilias pro communi hominum natura adhibet? cur ex sua beneficientia ullum onus aut gravamen ferret? cur nō ejus sit in commodum, cujus & commodum? At negotiorum gestor nullum emolumentum sentit? cur igitur nullo ejus merito incommodum? Has rationes audio mādato etiam simul applicari posse: Sed ex ratione diversitatis pro parte nostra non levis probatio elucet. Nam cum mandavi, ut negotia gereres, si renuisses alium quæsissem, qui ea procuraret: At si absim, neganda hæc erunt, & si non gessisset gestor, neglecta mansissent, cum nō alius fortè adfuturus sit, qui ea suscipiet. Meritò itaq; hic illo levius constringetur, & non nō sufficiet in hoc à regulis juris recessum esse, quod levem culpam præstare cogatur gestor? Cum nulla ejus utilitas versetur. Contrà *l. sunt certa. § nunc videndum. ff. commod.* Nisi cum *Vultej.* quis replicaverit, esse quod sibi imputet negotiorum gestor, cum rei ad se non pertinenti se inimiscuerit. *l. 36. de R. J.* sed præterquam, quod regula in negociorum gestione nō obtinet, ut *Dec. in d. l. 36. n. 3.* explicat dici potest, non eousque regulæ ejus vires extendi. Nam in deposito & similibus contractibus, depositario objici potest, cur depositum susceperit, si non exactissimam diligentiam adhibere velit, quia culpa est rei ad se non pertinēti se immiscere, nā deposito hoc peculiare inesse dixeris, quia solius deponentis gratia contrahitur; Idē de negotiorum gestione replico. Ideoque in hoc culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti, ut scilicet contra juris communis regulas ad levem culpam teneatur. *Oppones* textum *§. 1. Inst. h. t.* ubi exactissimam diligētiam requirit in negotiorum gestione *Imper.*

Rectiſſimè, modò ſequentia præcedentibus conjunxeris, ſc. ſi alius diligentior adminiſtraturus fuiſſet, qui gerentis intuitu abſtinuit. Addit *Vult. l. ſi mater. 24. C. de uſur.* ex qua ſic colligit, omnis culpa à negotiorum geſtore præſtanda eſt. E. & leviſſima, cum is, qui omnia dicit, nihil excludat. Verùm reſponderi poteſt, omnem diligentiam in *d. l. ſi mater. 24.* non pro exactiſſima diligentia (quæ leviſſimæ culpæ opponitur) ſed pro exacta accipi, & pro ea, quam negotiorum geſtio requirit. Hoc vel ex eo veroſimile eſt, quod leviſſimæ culpæ, quæ culpa penè non eſt, rarò in libris juris noſtri mentio fiat, vel poſito, non tamen conceſſo, ſub omni culpâ & leviſſimam includi, non improbabiliter dixeris ex *d. §. 1. Inſt. h. t.* alium diligentiorem gerentis intuitu in *d. l. 24.* abſtinuiſſe, cujus rei conjectura oritur ex eo, quod mater proponitur geſſiſſe negotia, cum qua & alii concurrebant, qui ſe geſtioni offerebant. Sed quia mater pietatis neceſſitudine ducta, & propenſiore animo liberos eorumque negotia proſequitur. *arg. §. conſequens. Inſt. de ſuſpect. tut.* meritò aliis præfertur; meritò itidem & ſe ad exactiſſimam diligentiam obſtringit. Verùm *inſtabis*, hoc dubium eſſe, an in ſpecie *d. l. ſi mater. 24.* alius ſe geſtioni obtulerit. Rectè dubium fateor. Ergò ex *l. in ambiguis ff. de legib.* in dubiis eam ſumemus interpretationem, quæ vitio caret. 2. Oppon. *Vult. l. ſi negotia. 11. in pr ff. de Negot. geſt.* Si negotia (*inquit*) abſentis geras, & culpam & dolum præſtare debes, ubi culpæ appellatione (*inquit Vult.*) non levem tantùm, ſed leviſſimam etiam contineri, argumento ſunt verba in textu ſequentia. Sed *Proculus* interdum etiam caſum præſtari debere, &c. R. Cum culpæ mentio ſimpliciter in jure fit, tùm levem culpam intelligunt juris authores; quod & *Vultejus* concedit, ſed in propoſito negat *propter ſequentia verba*. Dico *ſequentia* cum *præcedentibus* non conjungi debere. In *præcedentibus* hæc traditur Regula: Negotiorum geſtorem de dolo & levi culpa teneri, quæritur, an & interdum de caſu fortuito teneatur? Reſpondit *Proculus* teneri, veluti ſi novum negotium inchoaverit. Sed quid opus fuerit, *dices*, ſtatim de caſu fortuito ſubjicere, ſi non & antea de leviſſima culpa locutus ſit *JCtus?* R. ſupervacuum hoc fore. Nam ſi tenetur de caſu fortuito, utique de leviſſima etiam culpa tenebitur. Probo illud ex *l. negotium gerentes. 22. C. de negot. geſt.* In qua quæritur, an

non

non interveniente speciali pacto casum fortuitum præstare compellatur gestor, negatum est: Nec tamen inde assumes. Ergo semper levissimam culpam, etiam eo pacto non interveniente, præstabit. Rectius putem sic; Ergò eo pacto interveniente, etiam de levissima tenebitur: Idque ex vulgari regula; qui tenetur præstare id, quod plus est, utique is præstabit id, quod minus est. Ergò si tenebitur de casu fortuito gestor, tenebitur & de levissima culpa ut minori. 4. Confirmat sententiam *Vult ex l. in re mandata. C. mandat.* Aliena negocia exacto *inquit)* officio geruntur. At gestor aliena negotia gerit. Ergò. R. *d. l. in re mandata.* loqui non de gestione negotiorum, sed de mandato. Mandati autem & negotiorum gestionis permagnam esse rationem diversitatis, cùm *ex hac*, tùm *ex superiori thesi* patet. Quintum argumentum *Vult. ex notatis Dd. ad §. fin. Inst. locat.* nego in gestione procedere, in terminis locationis, de quibus *Dd.* loquuntur: Concedo, & ut semel finiam, notetur elegans argumentum pro nostra sententia, quod desumitur ex *l. hæredes. 25. §. non solum. 16. ff famil. ercisc. in versi. Non tamen talem diligentiam, &c.*

XII.

Negotiorum gestorem, ob illa absentis negotia, quæ non gessit, teneri: nobis iniquum videtur.

Guilhelmus de Cabriano putavit, teneri gestorem tàm de gerendis, quàm de gestis. Cui *Johan. subtilissimus & optimus Juris Interpres* contradixit, ut refert Accurs. *ad l. 20. C. de negot. gest.* & hunc ut sequamur, facit ratio luculenter in *d. l. 20* proposita. Ac satis abundeque sufficit *(habet d. l. 20.)* si cui vel in paucis amici labore consulatur, & quod præcedit, quippè superioribus quidem necessitas numeris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit; & confirmat *l. qui proprio. 46. §. ei qui. ff. de procur.* Opponi solet *l. 6. §. videamus. h. t.* ubi dicitur, eum teneri ob ea quoque negotia, quæ non gessit *& l. in commodato. 17. §. si ex facto. versi. ut accidit. ff. commodat.* ubi statuitur, peritura eum non impunè deserere. Ad quarum legum veram explicationem, nihil mihi verius *Bartoli ad d. l. 20.* distinctione videtur, Aut quis *(inquit)* in-

incipit gerere, & posteà illud omisit: & de illo tenetur. *d.l. in commodato. § si ex facto*. Aut non incepit, & tunc aut ab initio accessit, ut omnia gesturus, & de omnibus tenetur. *l. Pomponius cum seq. ff. de negot. gest.* Aut non accessit, ut gesturus omnia, sed ut gesturus quædam; & tunc aut alius fuisset gesturus omnia, nisi ipse accessisset & tenetur de omnibus. *d.l. 9. § videamus*. Aut alius non erat gesturus, & tunc non tenetur, nisi de his, ad quæ gerenda accessit. *d.l. 20. C. h. t.* Addatur *Jul. Pac. 2. instr. 54.*

XIII.

Hæres adeundo hæreditatem non tenetur creditoribus ex quasi contractu.

Communis Dd. *conclusio est*: Successionem esse quasi contractum. *l. 3. § final. quib. ex caus. in poss. eat. l. mora. 8. ff. de acquir. hered. § heres quoque Instit. de oblig. quae ex quasi contr. nasc.* Et per consequens hæredem succedendo quasi contrahere. *Mynsing. Wesenb. Schneidw. ad d. § heres quoque Alciat. in l. verba contraxerunt. 19. ff. de V. S.* Quæ conclusio à veri rectique tramite declinare videtur. Si enim ex quasi contractu creditoribus teneretur, dicendum foret, à creditoribus actione ex testamento conveniri posse, quia ubi quasi contractus esset, ibi nasceretur obligatio, ubi obligatio, ibi actio esset ex testamento. At hoc nullibi relatum est, & per consequens nec illud, & cur tenetur creditoribus non quia cum ipsis quasi contraxit, sed quia in locum testatoris substitutus est, ejusque personam repræsentat, quo nomine omnia jura in illum transeunt. Sed qua ratione successio *in dictis locis* quasi contractus dicitur respectu legatariorum: Inter legatarios autem & creditores permagna est differentia. Creditorum siquidem jura & obligationes jam sunt cum defuncto contracta & in hæredem transfundi satis est. At in legatariis res aliter se habet, illis neque defunctus fuit obligatus, neque hæres obstrictus est sine aditione. At si adierit hæres, ex quasi contractu illis obligatur. *Vultej. 1. q. R. 44. n. 11.*

XIV.

Indebitum rectiùs quasi contractibus, quàm veris annumeratur.

Quo-

Quoniam potius distrahendi, quàm contrahendi animo negotiũ gerunt contrahentes. *§. item is. Inst. de obligat. quæ ex quas. cont. nasc.* At ex animo & voluntate contrahentium contractus æstimamus *l. contractus. ff. de R. J.* Sed quid illud dices, quod inter contractus reales illud reperiatur, in *§ is quoque Instit. quib. mod. re contrah. obl.* R. Id fieri ratione effectus nempè obligationis, quod indebitum non aliter solutum esse intelligatur, nisi numeratio realis aut solutio intervenerit & quia suum nemo jactare præsumitur, *arg. l. 25. ff. de probat.* mutuò id potiùs dare voluisse, atque ita contrahere, quàm omninò perdere dicendum est.

XV.

Indebitum errore juris solutum non repetitur, errore facti utiquè.

L. cum quis. C. de jur. & fact. ignor. l. si per ignorantiam. & l. seq. C. de condict. indebit. l. si fidejussor. 29. §. 1. ff. mandat. De utriusque juris & facti ignorantia exemplum videre licet *in l. error. 9. C. ad l. Falcid.* Rationem diversitatis explicat *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* quia jus finitum & potest, & debet esse. Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit. Unde omnes homines jura scire teneri alibi dicitur. *l. leges. C de leg.* De quo vide *Corras. 4. miscellan. 17.* Opponi solet *l. 7. & 9. ff de jur. & fact. ignor.* ubi dicitur: quod juris ignorantia suum petentibus non noceat. Omissis aliorum solutionibus, hæc mihi placet, quam *Duaren.* suppeditat. Solutio est species alienationis; quare qui solutum repetit, non quod suum, sed quod alienum est, petit. Suum enim id dicitur, quod alicujus proprium est. *l. quinta. §. argento. ff. de aur. & arg. legat.* Hoc itaque unum præstat juris ignorantia, ne rem amittas nondum amissam. *l. qui fideicommissa. ff. de legat. 2.* At in specie, de qua quærimus, res est amissa. 2. Oppon. *l. 1. in pr. ff. ut in possess. legat.* R. Ibi liberatio condicitur speciali favore & ratione ultimæ voluntatis, quia voluit defunctus hæredem non cavere legatariis, quod *JCtus* benignè receptum esse affirmat. 3. Oppon. *l. 9. C ad SCtum Vellejan.* Ubi conceditur mulieri in jure erranti repetitio soluti. R *Glossa,* mulierem in ea specie in facto, non in jure errasse: Quæ responsio refellitur expressis legis verbis. Aliter respondit *Iul. Pac 4. Enant. 5.* Rectius dices ex *l. 9. in pr. ff. de juris*

& fact. ignor. illud in mulieribus speciale esse, quibus illis casibus jus ignorare permissum est, quibus damno afficiuntur; quod in specie *d. l. 9.* emerget, si non ei repetitio competeret.

XVI.

Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non potest.

Ut §. final. Inst. hoc tit. loquitur, cum *l. 4. C. de condict. indeb.* hydram interpretibus secandam propositam dixeris. Nam quod ad interprationem hujus loci à veteribus allatum est, neque relatione, neque refutatione dignum est, siquidem partim justitiæ & æquitati naturali, partim verò juris civilis regulis repugnant, ut ait *Boeer. in repet. d l. 4. in tract. de donat.* Recentiores partim superiorum vestigiis insistentes, partim ab iis declinantes nihil præter ægri somnia proponere videntur. *Boeer.* novum ausus est dare intellectum, quem neque probo, neque prædictorum textuum sensui congruum existimo: Nec rationem diversitatis ullam animadverto, cur magis in iis causis, ex quibus inficiando lis crescit, quàm in aliis, si indebitum solveret, repetitio denegetur. Quocirca sic rem definio: *Titius* servum *Caii* occidit, occisum à se servum negat, ad vindictam mendacii in duplum crescit. Sed antequam judicis definitiva sententia lis terminatur, æstimationem cum pœna solvit: Putans damni dati æstimationem ad 100. aureos excurrere, cum revera 80. aureos non excedat; solvit itaque 200. aureos, quæritur an 40. indebitè soluta repeti possunt? ex *d. l. 4 & §. fin. h. t.* respondemus, ex quibus causis inficiando lis crescit, in iis repetitio concedenda non est. Sed quam putas esse rationem propositæ exceptionis? In disputatione eam ex castissima Romanorum fidei observantia, & mendacii improbi odio adsignabimus, interea si quis meliora attulerit, ei lubentissime in re hac tam difficili adstipulabimur.

ΠΑΡΕΡΓΟΝ.

I.

Mulier dotis nomine præfertur etiam expressam anteriorem hypothecam habenti.

Cum ob humani generis conservationem nihil æquè necessarium sit ac matrimonium, quod sine dote raro contingere solet, reiq; publicæ intersit, uxores dotes suas salvas habere. *l.1.ff. solut.matrim.* Ideò dotis causa multa à legibus privilegia inventa sunt. *l.1.ff.de jur.dot.* Ut & illud, quod proponimus in *l.assiduis. C. qui potior.in pignor.* cujus introducendi duplex favor extitit personæ scilicet & causæ. Sanè infirmitas muliebris sexus nota est, utpotè quæ adversus propria sæpè laborare dicuntur commoda *l. 4.C.de sponsalib.* & qui facilè adversus eas conventiones fiunt. *c.his consequens.Novell. de æqualitat.dot.* Cum mulier credat marito suo animum & omnem vitam, ideò ne maritus parcat suis, dotem uxoris distrahēs, publicè interfuit hujus privilegii beneficio dotem salvam esse: Et ne ullus dubietati locus relinquatur, penitius propositam *l. assiduis.* inspice *Donell.* ait: Verba *d l* non pertinere ad eos creditores, qui sibi hypotheca caverunt, sed ad eos tantùm, qui sunt muniti temporis privilegio. Quæ sententia in manifestissima *d.l. assiduis.* verba incurrit. Potiora *(inquit)* jura contra omnes habere mariti creditores. En locutionem generalem, quæ haud dubiè omnes & singulas species complectitur. *arg. l.1.§.initio.ff.de offic.præfect.urb.* & ne quæ dubitatio superesset, de quibus creditoribus, qui temporis privilegio muniti sunt, addit. Licet anterioris sint temporis privilegio vallati &c. Subjiciens hanc rationem ex misericordiæ visceribus depromptam. Quis enim *(inquit)* earum non misereatur propter obsequia quæ maritis præstant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem: *& postea subdens*: non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisq; rebus defraudentur. Hæc ratio ut legis domina verbis generalibus expressa haud dubiè & generalem dispositionem operabitur. *l.regula.§.ult.de jur.& fact. ignor* maximè in hac favorabili dotis causa, cuj⁹ favor plurimus & in omni penè Corpore juris effusus est. Sanè cū primis in SCto

Vellejano is apparet, Detrahit item temporali retentioni. *l. unic. § taceat. C de rei uxor. act.* Minuit fideicommissum *Auth. res quæ C. comm. de legat.* Adimit marito alienandi facultatem, ut fundum dotalem ne consentiente quidem muliere distrahere possit. *tot. tit. de fund. dot.* & retrò, quarum rerũ alienatio alioquin interdicta est, ob dotis causam alienari possunt. *Novell. 39.* Atq; ita miris modis exuperat non tantùm æquitatem juris communis, sed etiam in iis: quæ facti sunt, insolitam juris vim & potestatem exercet; pacta quibus dotis conditio læditur, pro infectis habet. *l. 2. l. 8. l. Attilia. ff. de pact. dot.* & plura ejus privilegia collige *ex l. Cajus 45. ff solut. matrim. tot. tit. C. de rei uxor. act.* Probat & hanc sententiam evidenter *Novell. 97. § his consequens*; ubi mulier præfertur creditori mutuanti in refectionem ædium qui tamen præfertur omnibus aliis creditoribus, licet expressam hypothecam habentibus. Cur non igitur mulier cæteris etiam præferretur? quia si vinco vincentem te multò magis vinco te, *l. de accessionibus. ff de divers. tempor. præscript.* Nec quicquam officit, si dixeris, creditoribus jus quæsitum inferendum non esse. Siquidem respondetur, non jus hypothecæ ipsis quæsitum auferri, sed retinent, ut maximè prælationem, quam pacti non sunt, non habeant. Hæc enim solius legis beneficio datur, & hujus quoq; arbitrio modò ex tempore, modò ex causa credendi consideratur. *Ut rectissimè resecavit 2. Guibert. tr. de dote. c. 7.* Instabis. At interim hypothecæ nullus est, si bona non sunt solvendo, effectus. R. sibi imputare debet creditor, quarè hypothecam, quam cavendo sibi acquisivit, vigilando & in tempore hypothecariam exercendo non conservavit. 2. Opponit. Mulier & fiscus quoad jus hypothecæ paribus passibus ambulant. *l. 2. C. de privil. fisc. l. dotis. C. de jur. dot.* Atqui fiscus expressam hypothecam habentibus non præfertur. *l. si pignus. ff. qui potior. in pign. l. si fundum. C. eod.* R, Quamvis mulier fisco (idque propter ejus privilegium) non præferatur, quia privilegiatus contra privilegiatum sua prærogativa non utitur, nihilominus mulier in concursu aliorum creditorũ potiora jura obtinebit. 3. Opponit. Provisio hominis facit cessare provisionem legis. *l. final. C. de pact. convent.* Sed creditor privatus expressam anteriorem hypothecam ex conventione & pacto, atq; ita provisione sua habet. Contrà mulier habet provisionem

nem legis R. ad majorem: isti Brocardico locum esse, ubi lex disponit in subsidium hominis, quod in nostro casu dici nequit, quinimò & hic mulier ex tua provisione aliquid habet, nempè tacitam hypothecam. Et notum est, illa duo quoad effectum nõ differre. *l. 8. §. fin. ff. qui potior. in pignor.* 4. Opp. quod privilegia non debent redundare in aliorum injuriam *l. cum avus. C. de emãcipat liber.* Ergò privilegium prælationis mulieri indultum, non debet ad aliorum creditorum damnum porrigi, R. injuriam nemini lex facit. *l. 13. §. 1. ff. de injur.* At legis beneficio hoc privilegium mulier habet. *l. in rebus. C. de jur dot d. l. assiduis.* 5. Oppon. Qui prior est tempore, potior est jure. Atqui creditores priores tempore sunt. Ergo. R. Regulam non procedere, si concurrant, qui jure prælationis sunt donati. Undè dicimus, , privilegia non ex tempore, sed ex causa æstimari. *l. privilegia. ff. de privileg. credit.* 6. Opponitur: Jus commune potius est jure singulari. *l. ejus militis. §. militia missus ff. de milit. testam.* Sed creditores jure communi; mulier jure singulari utitur. Ergò. R. major non est simpliciter vera: Nam generi per speciem derogatur, & intelligitur eo casu procedere, quando in una persona actus jure communi valere potest. 7. Opponitur *l. ubi adhuc. C. de jur dot.* ex qua sic colligunt: Si rerum dotalium vindicationem mulier habeat contra posteriores creditores vel alios, qui non habent legibus potiora jura, consequens est, eam non præferri prioribus expressam hypothecam habentibus. R. Præterquam quod dici potest, illud argumentum à contrario duci, & sic non obtinere, si contrarium expreße legibus, decisum sit. Responderi etiam potest, legis hunc verùm sensum esse, Mulierem quidem omnibus præferri, sed non tamen iis, qui majus privilegium habeat. Qui illi? hoc si contra sentientes attendissent, non collectionem hanc instituissent. Ergò hypothecam expressam habentibus non præfertur, cum hoc ipsis primum probare incumbat, eo in loco *Imp.* de hisce agere: Nam & alii reperiuntur, qui potiora iis jura habent, ut fiscus in causa primipili, & liberi in dotis maternæ exactione *l. 4. C. in quib. caus tac. pign. d l. assiduis. §. & ideò.*

II.

An idem in dote cauta seu confessata (a)

in antè nuptias donatione (b) *& paraphernalibus* (c) *obtineat? Nego.*

(*a*) *d.l. assiduis. ibi: si tamen re ipsa fuerint parti mariti data C. qui potior. in pignor* unde non sufficit sola mariti confessio: Nec enim probanda est captiosa & fraudulenta conventio. *cap. aliud Novell. 97.* nec alii præjudicium afferre debet, quod alii callido commento egerint *l. si unus. §. ante omnia l. ult. ff. de pact.* Proinde numeratio revera & naturaliter (*ut JCtus loquitur in l. solutum. ff. de solut.*) facta requiritur, quæ cum facti sit, omninò probanda est. *l. 1. C. de dot. caut. non num. Mynsing. 2. observ. 61.* Etiamsi vel jurejurando confessionem suam maritus firmaverit, vel non numeratæ dotis exceptioni renunciaverit. *Guib. de dot. c. ult. n 14.* Etenim quamvis maritus exceptioni renuncians, eandemq; intra biennium non proponens vehementer ea in re sibi noceat: tamen præjudicium nullum res ea creditoribus adferet. *Schurff. consil. 22. n. 3. cent. 1.* nisi & ipsi soli literarum cautione nitantur. *arg. l. in ambiguis. ff. de Jur. dot. Mynsing. d. observ.*

(*b*) Non enim pro lucro captando, sed ne damna patiantur, favere jura mulieribus volunt *l. 12. §. hac autem. C. qui potior. in pign. Myns. 5. obs. 4. Gail. 2. obs. 92. n. 10.*

(*c*) Quia sunt extra dotem. *Mynsing. d. observ. 4.* Notandum tamen, pro hisce recuperandis tacitam hypothecam habere mulierem in bonis mariti. *l. 29. C. de Iur. dot.* non tamen cum prælationis privilegio *Mynsing. d. loco.*

EX-

EXERCITATIO DECIMA SEXTA.

RESPONDENTE

MARTINO VOGELIO Heckſted.Sax.

De ſolutionibus.

THESIS I.

Olutione omnis tollitur obligatio, nec refert ea fiat pro ſciente, vel ignorante, invito, vel volente.

In *pr. Inſtit. quib. mod. toll. oblig. l. ſolutione. 23. l. ſolvere. 53. ff. de ſolut. l. ſolvendo. ff de neg. geſt.* Nam ipſo geſtu, h. e. quo pro alio ſolvit, dicitur ejus negotium geſſiſſe, ita ut ipſum liberet ab obligatione, & paret ſibi actionem negotiorum geſtorum. *Sichard. ad l. 9 n. fin. C. de ſolut.* Quod tamen diſtinctionem recipit. Si enim pro invito ſolvat, repetitio ei nullo modo conceditur. *l. fin. C de negot. geſt. l. 53. ff. mand.* Si verò pro ignorante, & utiliter & è re debitoris ſolverit, dabitur negotiorum geſtorum actio. *l. 43. ff. de negot geſt. Cagnol. ad l. 69. de R. I.* Nec obſtat, ſi dixeris, obligari non poſſe, ignorantem & invitum per alium. *l. Labeo. §. 1. ff. de V. S. l. 1. de pact.* E. ne ab eadem liberari. Siquidem præter alias obligationes ſolutionis differentias illud in propoſito obtinet, proniores nos eſſe debere ad liberandum; quàm ad obligandum. *l. Arrianus de O. & A.* Non etiam quicquam efficies; ſi dixeris, in invitum beneficium non conferri. *l. 69. de R. I.* Nam ut rectè ad eam *l.* notant *Decius & Cagnol.* ea intelligenda eſt, quando ſolùm agitur de uti-

li-

litate ejus, cui conferendum est beneficium: non verò de interesse alterius, privato vel publico. Unde honores etiam invitis conferuntur. *tot tit. ff. de muner. & honor.* quia interest Reip. eos ab optimis quibusq; administrari, sic & in casu nostro interest creditoris, eam solutionem admitti. Opponi & his solet *l. si quid possessor 31. ff. de petit. hæred.* quæ ut officiat, tantum abest, ut etiam expressè sententiam nostram tueatur. Si quid possessor (*inquit Ulpian.*) solvit creditoribus, reputabit, quanquam ipso jure non liberaverit petitorem hæreditatis. Nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris debitorem non liberat, unde à contrario, si suo nomine solverit, eum liberari evidenter colligitur.

II.

Invito tamen creditori particularem solutionem obtrudere juris ratio non patitur.

L. Julianus 13. §. offerri ff. de act. empt. l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. qui pignori. ff. de pignor. & ultra adductas *ll.* hæ sequentes juris rationes probant: contra placitum quod semel est, venire non licet. *l. 1 ff. de pact. l. 1. ff de constit. pecun. l. 5. C. de O. & A. l. contractus. ff. de R. J.* Sed placitum illud semel, ut integrum debitum solveretur. Et per consequens pars debiti solvenda non est. Quinimò aliud pro alio invito creditori solvi nequit. *l. 2. §. mutui datio. ff. de reb. cred.* Aliud autem est totum debitum, aliud pars debiti. *arg l. 56. § 2 ff. de evict.* Ergò. Quam ipsam rationem non obscurè innuit *d. l. tutor. §. 1.* statuendo, si pars pecuniæ debitæ exolvatur, ne pro parte quidem liberationem contingere. Et constat alteri per alterum iniquam conditionem inferri non debere. At iniqua conditio ac difficilis esset, si partium solutio admitteretur. *l. planè ff. famil. ercisc.* & omnes admittent, minus solvendum creditori non esse. At minus solvitur creditori, si pars debiti offertur, imò nihil solutum intelligitur. *l. 12. §. 1. l. 32. de V. S l. solidum. ff. de solut.* Et hoc est, quod dici solet: unius obligationis unam eandemque solutionem esse oportere. *Hottoman. illustr. quæst. 22.* Confirmatur & nostra positio ex *l. placuit. C. de collat. fund. patrim.* in qua *Imp. Valentinus & Valens* emphyteuticorum & patrimonialium suorum fundorum possessoribus singulariter indulserunt, ut particularem canonem solvere possent. Quod si jure com-

communi permissum fateor, ad quid specialis illa indulgentia & permissione, sic favore libertatis cogendum esse heredem, scribit *Paul.* ut decem per partes accipiat, quæ servus heredi dare à testatore jussus est. *l. cum hæres.* 8. *item si decem. ff. de statu lib.* nec hic certè ullus libertatis favor erit, si tu hoc jure permittendum statueris. Addendum denique quod hæc sit communis opinio, & uno, atq; altero casu excepto verissimam esse, attestatur *Gail. ad l. 72. n. 9. de V. S. Sichard. ad l. 1. n. 8. C. de solut.* Contrarium voluit *Decius & Alciatus ad l. quidam. 21. ff. de reb. cred. Corras. ad l. 1. ff. de V. O.* Moventur 1. per *d. l. quidam. ff. de reb. cred.* in qua dicitur: humanius facturum Prætorem, si actorem compulerit, ad accipiendum, id quod offertur. Sed rectè ad illam l. distinguit *Accurs.* aut debitor totum debitum confitetur, & particulariter solvere nequit; aut non confitetur de toto, sed de parte saltem, & tum partem confessatam recipere cogitur, partem verò negatam judicio persequi: Occidendi ratio elegans subjicitur in *d. l.* quia ad officium Prætoris lites dirimere pertinet. 2. Opponitur ejus quantitatis, cujus petitionem ratio compensationis excludit, ulteræ peti non possum. *l. 6. n. 7. C. de solut.* At major (*inquiunt*) non erit effectus hæc quam meræ solutionis. *l. 2. ff. de reb. cred.* R. Aliud in compensatione observari, quam in solutione. Illa enim juris est, hæc facti: Jus compensationis tacitam vel præsumptam habet creditoris petentis voluntatem: at factum solutionis cum solius sit debitoris, eam non habet. 3. Opponitur *l. 2. § 1. ff. de V. O.* ubi dicitur: stipulationem certæ speciei vel quantitatis recipere partium præstationem. R. partium præstationem recipere quoad res ipsas in stipulationem deductas, sed quoad executionem, h. e. ad effectum solutionis attinet, non est obligatio invito creditore dividua. 4. Opponitur *l. fin. ff. quib. mod. pignor. vel hypoth. solv.* R. agere de duabus separatis summis: pro utraq; quidem, at planè ex diversis causis erat eadem res pignori obligata: itaq; cogi non debebat debitor utramque summam solvere, sed unam post alteram oblatam recipere: quemadmodum enim obligationes contrahuntur, ita etiam dissolvuntur. *arg. l. nihil tam naturale ff. de R. I.* 5. Reo non debet denegari, quod actori conceditur. *l. non debet. 41. ff. de R. I.* Atqui actor poterit ab invito debitore partem petere. *l. 17. § duab. ff. commod. l. 3. C. de transact.* Re-

 Ma-

Majorem procedere, nisi alia in actore, quàm in reo extet ratio. Nam si actor minorem summam petat, commodo afficit reum, ne majores sportulas solvat: si verò vicissim actor debiti solutionem per partes admittere cogeretur, ingens incommodum damnumque ex hoc rei facto perciperet, nec conventionis legi satisfieret.

III.

Sed quid de eo statues, si invito creditori ante diem solvere velit debitor? hoc scilicet posse.

L. 38. §. inter. ff. de V. O. l. 70. ff. de solut. l. 50. de O. & A. & rectè in sequenti modo ad *d. l. 38. §. inter.* argumentatur *Hugo Don.* Id potest debitor sive promissor, quod jure suo potest. Potest autem jure suo, quod potest invito adversario, vel invito creditore solvere. *d. l. 38. §. inter.* Neque enim posse dicendum est, in quo minus possit jure ab alio prohiberi. 2. Si pro reo est diei adjectio, & promissoris gratia dies adjectus est, licebit reo sive promissori diem adjectum contemnere, quia omnes habemus licentiam contemnendi ea, quæ pro nobis introducta sunt. *l. penult. C. de pact.* Si verò licet contemnere, jam perinde habebitur obligatio, ac si ab invito purè, sine die facta esset. Et sic consequenter licebit debitori invito creditori solvere, quia hoc apud omnes in confesso est, debitorem plus creditori præstare posse. Ac si in diem debeat, & ante diem solvat, plus præstare intelligitur, quàm debet *l. 15 ff de annuis legat.* Contrarium post *Æmil. Ferret. ad d. l. 38. § inter.* docuit *Cujac. ibid. Borholt. de V. O. c. 6. n. 33.* & superiores textus exaudiunt de eo casu, ubi volens creditor solutionem accipit; Quæ sententia falsa & nugatoria est, expressisque verbis *l continuis. 137. §. cum ita. de V. O.* refellitur, in quo eleganter *Venulejus* distinguit inter *solutionem* & *petitionem*, ut obligatione in diem concepta solvi ante diem possit, peti verò non possit. Atqui à volente debitore etiam ante diem peti nihil vetat. Ergò. Ita hoc explicandum est, ut quamvis ab invito debitore ante diem peti non possit, invito tamen creditori ante diem solvi possit; quod idem planis verbis *Ulp. in d. l. 38. § inter.* confirmat, con-

sti-

stituendo differentiam inter diem certam & incertam, ut ostendit *A Faber.1.conject.1.* Verùm sic argumentatur *d. loco Borcholt.* Si debitor invito creditori alio tempore possit solvere, periculum non debitoris esset, sed creditoris, qui pecuniam sibi oblatam accipere noluit. At creditoris non esse probat. *l creditor. 102. ff. de solut.* E. R. ad minorem: Idcirco in *d.l. creditor. 102.* periculum creditoris non esse, quia in opportuno tempore solvere debitor voluit, ac proinde alio die, h. e. ipsi magis opportuno creditor ex justa causa distulit, quod ipsum exemplo tutoris evidenter liquet: Nec enim ita constringimus creditorem, ut si necessariis occupationibus distringatur, iis omissis debitorem sequi necesse habeat, sed in alium sibi magis convenientem & opportunum diem solutionem differre poterit, & si interim deposuit pecuniam debitor, (qui est casus *d.l. creditor. 102.*) suo periculo deponet, cum hic nulla culpa creditori imputari queat. 2. *Cujac* opponit *l. si soluturus. 39. ff de solut.* in qua dicitur: oblationem fieri debere opportuno loco & tempore. At opportunum tempus non est, si ante diem constitutum solvatur. E. R. Minorem vacillare, nec ulla lege probari posse, quinimo ex majori propositione hæc potius assumptio exstrui debuit. At opportunum tempus est, licet ante diem constitutam solvat debitor, ut satis superque supradictis ll. probatum est. 3. Opp. quod quis certo loco dare promisit, invito stipulatore alio non potest solvere *l. is qui. l. 2. §. Idem Julianus. ff. de eo quod cert. loc.* E. nec alio tempore, cum locus & tempus comparetur *in d. l. si soluturus. ff. de solut.* R. Rationem consequentiæ non sat firmam esse vel ex eo constat, quod tempus promissoris, non etiam stipulatoris gratia adjiciatur. *l. 41. §. fin. ff. de V. O.* locus autem utriusque *l. 2. ff. de eo quod cert. loc.* Nec quicquam comparatio loci & temporis in *d. l. si soluturus.* officit, modò eam rationem importunitatis intellexeris. 4. Oppon quod benignè receptum sit, ut statuliber. ad diem dare jussus, ante diem oblata pecunia perveniat ad libertatem *l. 3. §. quod si servus ff. de statulib.* eo satis ostenditur, idem non esse recipiendum in aliis. R. Neq; hoc sequi: Nam in statuliberis alia ratio est, quia ille dando ante tempus facit contra voluntatem defuncti, atque ita rectè hoc benignè receptum dicitur. 5 Opp. *l. item illa 18. ff de constit. pec.* ubi dicitur: quod creditor ante diem constituti possit recusare debitas

pecunias accipere. R. Id quidem creditori licere, sed ita, ut interea res ipsius periculo sit, ita ut, si extet adhuc, peti possit; sin verò perierit, sibi imputet, cur rem semel oblatam respuerit. 6.Oppon. *l. 122. in pr. de V.O.* ubi dicitur: quod debitor in diem non rectè solvat. R. Idcircò illud dici, quia in gratiam creditoris dies ea in specie adjectus fuit.

IV.

Eum qui certo loco solvere promisit, arbitraria actione tantùm in loco domicilii conveniri posse.

l.19. §.fin. de judic. Absurdum enim esset isti creditori plus tribus; qui stipulatus est, uno tantùm loco sibi dari, quàm qui nullo adjecto infinitè ac proinde omnibus quodammodo locis dari stipulatus est. At nullo loco solvendi adjecto non potest, nisi his duobus locis, experiri, *ubi contractum est, & ubi reus domicilium habet d.l.19 §.1.* Multò igitur minus aliis locis experiri poterit, qui ex stipulatione unum tantùm locum habuit. 2. Cum quid certo loco dari promissum est, perspicuum est, extra locum adjectum perinde esse, quasi simpliciter promissum esset, nam alia loca adjecta non sunt. At eum, quod simpliciter promissum est, extra locum contractus non potest à reo peti, nisi ubi is domicilium habet, quamvis conventio amplius illi permittere videatur. E. quod certo loco promissum est, extra eum locum, in quo dari debuit, id est, in quo contractum est, absurdum sit id alibi peti posse, quam ubi reus domicilium habet, cum conventio cætera illi loca adimat. *Donell. ad l. centum Capuæ. ff. de eo quod cert. loc.* Opponuntur à *Bartolo* duo textus, *l. eum qui insulam. ff. de Iudic. l. si duo, § 1. ff. de constitut. pec.* in quibus statuitur: quod certo loco promissum est, non solùm ibi, sed etiam quocunque loco, item ubique peti posse, quod ex sententia *Bartoli ad l.1. ff. de eo quod cert. loc.* non aliter, prout verba sonant, accipi debet, contra quem pleraque & potior interpretum pars concludit, ea civiliter accipienda, ut non pro quovis loco, sed saltem idoneo intelligantur, quæ sententia ut humanior, ita nec à textuum vero sensu aliena est. *Bartolus* suam sententiam in sequenti ratione confirmat. In am-

ambigua oratione legis eam interpretationem sequi debemus, quæ fit ne lex sit supervacua *l. 1. in fin. ad municip.* At si in superioribus definitionibus interpretamur eum, qui certo loco promisit, posse tantum conveniri his locis legitimis duobus, ubi is domicilium habet, & ubi contraxit: Si item arbitrariam interpretamur, qua alio loco agitur, ibi solum exerceri posse, ubi promissor domicilium habet: & definitiones superiores, & lex de arbitraria actione alio loco instituenda, sunt supervacuæ: quoniam *(inquit ille)* qui certo loco dare promisit, utroq; istorum locorum jure communi conveniri potuit, & sine arbitraria actione. Non est igitur accipiendum in hac promissione, ut extra locum constitutum ibi solum agi potest, ubi reus domicilium habet, sed ut possit ubique & quocunque loco sine exceptione. Sed assumptum *Bartoli* perspicuè falsum est. Nam qui certo loco dare promisit, secundum verba conventionis alio loco, quam constituto conveniri non potest. Ut pluribus *Hugo Donell. ad l. 1. ff. de eo quod cert. loc.* ostendit.

V.

In diem debitor adeò debitor est, ut solutum repeti non possit. Unde quæritur, num medii temporis interusurium repeti possit? Nego.

Qui habet exceptionem temporalem, solvens non repetit. *l. in diem 10. ff. de condict. indeb.* Solvit enim debitum. Nam id quod promittitur in diem, ante diem debetur, licet propter exceptionem, quæ tantùm dilatoria est, peti non possit. *l. cedere diem. ff. de V. S.* Si itaque principale debitum repeti non possit, quomodo accessorium repeteretur? cum noti juris sit: accessorium sequi naturam sui principalis. *c. accessorium de R. I. in 6. l. eos C. de usur. l. fœnerator de naut. fœnor.* Mihi tamen *(inquit Duar. c. 5. de condict. indeb.)* hæc sententia improbabilis videtur. Nam is, qui solvit ante diem, propter hoc interusurium dicitur plus solvisse. *§. plus autem instit. de Act.* Sicut enim is dicitur plus petere, qui ante diem petit; sic plus solvere, qui ante diem solvit; Nam dies pars obligationis est. *l. 1 ff. de edend.* Verùm eo in argumento nihil est, quod no-

nobis officit. Nam plus solutum ratione temporis non negamus, sed an propterea solutum repeti possit? hoc ad quæstionem propius esset, & negamus. Sed ita pergit probare *Duaren.* Nam si (*inquit*) ante diem non solvisset debitor, potuisset negotiari, & ea ex pecunia emolumēti aliquid percipere, quo debitorem fraudari valdè iniquum foret. Verùm ea argumentatione admissa, ut debitum principale repeteretur, quod cùm absurdum sit *d.l 10.l.eos.* E. & hoc non admittendum est, præsertim cum solutione in creditorem dominium fit translatum *l.35.ff. de solut.* & per consequens etiam commodum & utilitas dominii. *arg.* §. *item ea. Inst. de rer. divis.* Addunt nonnulli & tale argumentum: si quis coactus ante tempus plus solvit, medii tempus interusurium dettahet. *l.10.* §. *si cum in diem. ff. quæ in fraud. cred.* Sed qui errat, minus consentit, quàm qui vi cogitur. *l. nihil consensui. 116. ff. de R. I.* E. R. metu coacto succurritur per restitutionem in integrum: cujus beneficio omnia in pristinum reponuntur statum: Secus est *in proposita quæstione* cum quis errat. Principale enim debitum citra omnem restitutionis spem solutum est; Nec argumentum (*ut superius*) tàm urgeret repetitionem interusurii, quàm principalis.

DE COMPENSATIONIBUS.

VI.

Compensatio pro solutione est, quæ an ipso jure citra factum hominis fiat? quærunt Dd. Affirm.

Sicut solutione ipso jure tollitur obligatio. §. *1. Instit. quib. mod. toll. obl.* Ita etiam ipso jure tollitur compensatione. *l.4. l. fin. C. de compensat* §. *in bonæfidei. Inst. de act. l. verum. l.10. l. posteaquam. 21. ff. de compens.* quia species quædam solutionis est compensatio. *l.4. ff. qui pot. in pign l.10. ff. de liber. caus. Duar. c.2. de compens. sol.* (mihi) *955* 1. Oppon. Opponenda est compensatio in judicio. *d.* §. *in bonæfidei. Inst. de act. l. 4. C. de compens.* Et per consequens ipso jure non fit: Sunt enim hæc: *ipso jure actionem minui, & per exceptionem:* non tantùm diversa, sed etiam hujusmodi, quæ uttanquam contraria inter se opponantur. *l. qui servum. de O. & A. l. 2.*

ff.

ff. de servit. R. Non teneri reum ita compensationem allegare, ut sit exceptio judicii constituti: non, *inquam*, tenetur reus à principio actionis institutæ exceptionem objicere: & ea actionem vel intentionem actoris removere vel minuere, id quod propriè exceptionem opponere significat. *l. 2. ff. de except.* nihilominus si vult suum debitum cum actoris debito compensari, necesse est, ut compensationis exceptionem ante rem judicatam adhuc proponat; Quomodo enim aliàs judex compensationis sationem habere poterit, de qua illi nihil constitit. Verùm postquam est opposita, tunc statim ipso jure tollit debitum, non ex quo reus eam opposuit, vel judex eam admisit, sed ex quo tempore invicem aliquid cœpit deberi. 2. Opponitur. Electio ubi est, ibi non est ipso jure (*ut sic loquar*) minutio. Verùm in compensatione locus est electioni. *l. si quid. 5. l. quod Labeo. 13. ff. de compens.* R. Compensationem fieri ipso jure, si debitum sit proprium, certum & liquidum. In specie autem oppositarum legum incertitudo facit ante electionem, quo minus ipso jure compensatio fiat, ideoque ut compensatio fiat, constare prius debet, quid alter ex obligatione alternativa petat. *l. si debeas. 22. ff. de compens.* & tùm si declaratio cum natura compensationis congruat, omninò compensatio fit, non item si repugnat *d. l. si debeas 22.* 3. Oppon. *l. 39. l. 50. §. 1. l. fin ff. de pet hæred.* ubi dicitur: quod in petitione hæreditatis compensatio non fiat ipso jure, sed opposita doli exceptione. R. olim erat differentia quoad compensationem inter bonæfidei judicia & stricta. Nam in bonæfidei judiciis compensatio ipso jure fiebat; in strictis non item. Sed *D. Marcus* in illis eam admisit doli exceptione opposita. *§ in bonæfidei. ib. Donell. Inst. de act.* Petitio autem hæreditatis usque ad Justin. tempora, à quibusdam inter bonæfidei judicia, ab aliis inter stricta numerabatur. *§. fuerat. Inst. de act.* Et idcircò nonnulli exigunt, ut petitioni hæreditatis opponatur doli exceptio *dd. legib.* Alii contra senserunt *l. planè. ff. de pet. hæred.* Ex jure autem Digestorum compositores illa nobis reliquerunt. 4. Si compensatio ipso jure fiat, supervacanea est appellatio. Sed supervacaneam non esse *l. 1. in fin. C. quæ sentent. sine appell. rescind.* R. Cum ibi contra jus partis, non legis sit pronunciatum, opus est appellatione, ne transeat in rem judicatam. *c. 1. de re judic.* 5. Opp. *l. unum ex familia. §. sed*

sed si unn. ff de leg. 2. ubi dicitur; tacitam compensation[illegible] ei, h. e. ipso jure fieri compensationem, & tamen oppon[illegible] esse doli mali exceptionem. R. Eo in loco non dicitur, [illegible] opponenda doli mali exceptio, sed dicitur compen[illegible]nem fieri ipso jure, ratione exceptionis doli, quod nihil al[illegible] dicere, quam ideò ipso jure fieri compensationem, [illegible]ia doli [illegible] exceptio inest. Olim strictis negotiis non inerat doli mali exceptio, sed negotiis bonæ fidei tantùm *l. 84. §. qui servum ff de legat. 1. l. 21. §. fin solut. matr.* Hodie doli mali exceptio etiam strictis judiciis ex causa compensationis, quia fit ipso jure, non ex aliis causis. *Cujaci 15. observ. 1.*

ADDITIO.

Jure Sax. compensatio non habet locum, quia est species reconventionis, Landr. *lib. 2. art. 12.* quam tamen differentiam *Elector* abrogavit *p. 1. c. 8.* quia est species solutionis, non etiam reconventionis; So lassen wir uns gefallen/inquit Elector, daß die Compensation auff Sächsischem Boden unserer Lande/ als in Krafft einer Solution sol zugelassen werden.

VII.

Cur olim in stricti juris judiciis compensatio locum non habuit?

Pendet ejus ratio ex diversitate formularum. Judicis e[illegible] potestas obligabatur formulæ, quæ certa dabatur concepta secundum edictum propositum. Ut, exempli gratia: si cui debebatur pecunia ex mutuo, ita concipiebatur formula. Si *Titius Sticho* debeat 100. *Ca[illegible]* judex esto: frustra contendebat *Titius* [illegible]bi tantundem deberi ex alia causa. Nihil enim de eo in f[illegible] cautum erat: judex datus cogebatur sequi formulam. In bonæ fidei judiciis non ita obligabatur potestas judicis dati, ut non sequeretur quod æquitati & utilitati consentaneum esse videretur. Verùm postea *D. Marcus* voluit, in strictis judiciis per exceptionem doli ei succurri, contra quem agitur in *§. in bonæ fi[illegible] Instit. de act.* Alibi quidem à *JCtis* traditur: compensationem doli mali exceptione mediante locum habere: Sed nusquam *Divo Marco* hoc tribuitur, *l. qui non militabat. ff. de hered. Instit. l. Nesennius Apollinaris. ad l. Falcid. l. si opera ff. de doli mali excepi.* Ideò v[illegible]rò

D.

D.Marcus compensationem in strictis judiciis doli mali exceptione opposita admittendam esse rescripsit, quod exceptio doli mali semper bonæfidei judicium faciat. *l. Seja. in pr. ff. de mort. caus. donat.* Postea & JCti etiam in strictis judiciis compensationem ipso jure receperunt. *l. posteaquam. ff. h. t.* quod latius probat *Borch. c. 3. n. 8. de compensat. Cujac. 8. obs. 16.* An in deposito locum habeat compensatio? dixi *disput. ff. 10. q. 1.*

VIII.

An quod in diem debetur, compensari possit?

l. 7. in pr. ff. h. t. & fecit ad hoc regula: Quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniũt. Dies enim obligationis cui adjicitur, pars est. *l. 1. §. 2. ff. de edendo.* Videlicet debitor in diem vel sub conditione debitor dicatur, tamen ab eo invito pecunia extrahi non potest. *l. debitor. ff. de V. S.* Imò qui ante diem petit, plus petit, & in pœnam plus petentium incidit, *§. si quis agens. Instit. de act.* & dies in debitoris gratiam adjectus dicitur *l. 38. §. inter de V. O.* Opponi solet *l. cum militia. 16. §. cum intra. ff. de compensat.* ubi *Titius* mihi condemnatus fuit in decem, eique datum est tempus ad solvendum; ego *Titio* incipio debere decem, & *Titius* à me illa decem petit, sic compensatio locum habet, quamvis dies judicati faciendi nondum venerit. Ergò debitum in diem compensatur, etiam antequam dies venerit. R. *Sebast. Medic. p. 1. q. 8. de compens.* nos loqui de die à contrahentibus apposito. Quod enim in eum diem debetur, non compensatur ante quam dies venerit, exemplo solutionis, cui compensatio assimilari solet, & quia conditio nihil ponit inesse. *l. 1. de Condit. & demonstr.* Aliud verò est in eo debitore in diem, qui judicatis & confessis in jure ad solvendum dari solet. Et hoc est, quod eleganter JCtus in *d. l. 16. hoc tit.* ait.

IX.

An liquidi ad illiquidum compensatio admittatur?

Quod adfirmat *Tyndar. in tract. de compensat. art. 8. n. 36.* Contra quem rectè communiter statuitur, per *l. final. C. h. t.* ibi: si

LIIIII causa

causa ex qua compensatur, sit liquida, & non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare. Quod & cautè *d.l final.* obtinuit, quemadmodum intelligitur ex *l si debeat. ff.h.t.* ut probat plenius *Borch. c.4. de compens. n.3.* Ratio hujus decisionis est, ne per compensationem, quę ex æquitate introducta est. *l.5.6.C.de compens.* injuria alicujus fiat. Fieret injuria creditori, si quod ipsi liquido debetur, quodque nulla adversarii tergiversatione eludi potest, compensari diceremus cum eo, quod debitor vicissim sibi à creditore assumat, nec tamen probat, neque statim probare potest. Opp. *c.6.C.h.t.* in cujus specie constitit maritum uxori debere, & tamen ab Imp. rescriptum est: æquũ non esse, ut maritus solvat, antequam mulier mutuo petitioni responderit. Igitur debitum etiam illiquidum compensatur cũ debito liquido. R. hoc non dici in *d.l.6.* quod debitum illiquidũ compensetur cum debito liquido; Verum id innuitur, quod maritus, qui uxori condemnatus fuit, non teneatur statim solvere, sed tunc demum, cum etiam in causa viri pronunciatum fuerit, tunc utriusque debiti fiet compensatio usque ad concurrentem quantitatem, quod excedit concurrentem quantitatem, solvendum erit. Et hoc fit propterea, quod mutuæ petitiones institutæ erant, ut penitius facti specie perspecta cuivis intelligere licet.

X.

Compensatio quantitatis cum specie non admittitur.

l. si convenerit. in pr. ff. de pignor. act. quia sicut solutio non est, nisi ejus quod debetur, & sicut aliud pro alio invito creditori solvi nequit, *in pr. Instit. quib mod. toll. oblig.* Ita nec aliud pro alio compensari potest, quia species quædam solutionis est compensatio. *l.4. ff. qui pot in pign. l 19. ff. de liber. caus.* Imò si hoc in solutione verum est; E. multò magis in compensatione verum esse debet, qui aliàs absurdæ plus imaginariæ, quàm veræ solutioni tribueretur. Adde, sicut emere invitus aut vendere nemo aliquid cogitur. *l. invitum 11. C. de contrah. empt. & l. nec emere. 16. C. de jur. delib.* quia emptio & venditio non nisi mutuo consensu constat. *l. 9. in pr. ff. de contrah. empt.* Ita quoque nemo compensare quantitatem cum specie cogi debet: quia aliàs perinde esset, ac si

in

invitus reus suam emere vel vendere cogeretur. Nam si quis ab alio centum aureos petat, & hic objiciat sibi vicissim ab actore fundum deberi, & idcircò hujus debiti, cum altero compensationem faciendam esse, certè hîc reus in effectu, nihil aliud petit, quàm ut actor invitus fundum centum aureis emptum habeat: Certi enim juris est, emptionem & venditionem esse, cùm res pro pecunia, vel pecunia pro re datur. *l.5. §.1. ff. de præscript. verb.* Hinc si nomen alicui pignori datum est, plurimum refert, quid sit in eo nomine pignori dato. Nam si nomen pecuniarum est, h.e. si in nomine debetur pecunia, tùm creditor pecuniam, à debitore debitoris sui exactam cum suo debito compensare potest. *d.l. si convenerit. ff. de pign. act.* At in nomine corpus seu species debetur: si id creditor à debitore suo pignori accepit, id quidem pignori retinere, at non cum debito suo compensare potest. *d.l. si convenerit.* Accedit quòd in speciebus seu corporibus variet æstimatio, cadatq; circa ea probabilis affectio, cũ fundus meus mihi forte longè carior sit, quàm tibi tuus; cum itidem & meus longè pretiosior. At ubi variatio, ibi cõpẽsatio habere locum nequit, cum una species, propter inæqualitatem valoris & æstimationis, non fungatur vice alterius. *Sebast. Medices. p.1. q.3. n.3. tract. de compens.* Eleganter præclariss. *Donell ad §. in bonæ fidei. n.13. Instit. de act.* Contrarium docuit *Francisc. Duar. in d.c.2. de compens* motus *l. 7. §. ob donationes Solut. matrim.* ubi dicitur: ob donationes; item ob res amotas ex fructibus, qui post divortium percepti sunt, compensationes fieri possunt. Sic obstare videtur generalitas verborum in §. *bonæ fidei. Instit de act.* ubi dicitur: Si quid invicem actorem præstare oportet, eo compensato eum, cum quo agitur, in reliquum condemnari oportere. 3. Producitur *l. ult. C. de compens.* in qua statuitur: compensationem etiam admitti in actionibus realibus, quibus tamen corpora nos persequi constat. Verùm hi & similes loci unico quasi responsionis ictu concidunt, ita demum compensationi locum in iis esse, si termini habiles sint, i.e. talè debitum & creditum, quod compensationem admittit, utputa corporibus ad æstimationem redactis, cùm ea vel post moram debitoris interierit, vel deteriora facta sint, quo casu non corporum, sed concurrentium quantitatum æstimatio fit; Atq; ita intelligi possunt *l.5. ff. de impens. in res dot fact. l.1. §. item*

si eum. ff si pars hæred. l. 1. 2. & 3. C. de pign. act. Restat scrupulus unicus in d. l. ult. C. de compens. in qua excipitur is, qui vi occupavit possessionem ut compensare non possit. Ergò è contrario dicendum videtur, si non vi occupavit, compensare posse. R. Non dicitur possessionem non posse compensari; hoc enim per se cõstabat, sed possessionem occupantibus non esse dandam compensationem, si fortè ex alia causa idonea, veluti ratione impensarum vel fructuum voluit compensare.

DE ACCEPTILATIONE.

XI.

Acceptilatio juris civilis est.

l. 107. de V. O. Ut solutio realis naturalis est; Sic acceptilatio verbalis solutio civilis erit. *§. item per acceptilationem. Instit. quib. mod. toll. obl.* neque gentes aliæ hanc imaginariam solutionem agnoverunt; Undè & actibus legitimis annumerantur in *l. actus. 77. ff. de R. J.* Et prius tantùm verborum obligatio per eam sublata fuit. *d §. 1. Instit. h. tit.* ut ex regula rectè dicamus: *nihil* tàm naturale esse, quàm unumquodque ejus juris esse, cujus & dissolutio existit. *arg. l. nihil tàm naturale. ff. de R. J.* Opponitur *l an inutilis. §. fin. ff. de acceptil.* ubi dicitur: hoc jure nos uti, ut acceptilatio jurisgentium sit, ℞. Illud verum esse ratione materiæ sive consensus, & ratione effectus; quòd obligationes ex contractibus jurisgentium dissolvere possit, unde & lex ait: hoc jure nos uti, quare? quia hodiè acceptilatione tollitur non tantùm verborum obligatio, sed & quævis alia, invento novandi modo per Aquilianam stipulationem; Atq; ita notandum monet *Cujac. ad l. 1. § eadem ff. de V. O.* fieri interdum, ut quæ juris civilis sunt, in jus gentium quodammodo commutentur, interim tamen revera juris civilis esse ut & stipulatio, de qua *disp. 13. q. 1.* dictum est.

XII.

Num simplex acceptilatio etiam rectè actibus legitimis annumeretur? Ajo.

l. 4. ff. de acceptil. ubi ꝙ proprium actuum legitimorum est, indistinctè cuivis acceptilationi accommodatur, & per consequẽs nostrum non erit distinguere. *l. 8 ff de publ. in rem act.* quod ipsum eleganter nulla distinctione facta confirmat *l. actus. 77. de R. J.* Ad quam

quam sic ait *Ravard.* Acceptilatio mancipationi contrarius est, nexi continens liberationem, ideoque ejusdem esse conditionis censetur, cujus est mancipatio, de qua omnibus constat ex *d. l. actus* & veterem ritum in mancipationibus observari solitum declarat *d. l. Ravard.* Verùm contrarium *Hottom.* voluit existimans non simplicem acceptilationem, sed eam, quæ fit interveniente Aquiliana stipulatione actibus legitimis annumerandam esse, propterea quòd hæc juri usitato, quo simplex acceptilatio innititur, accepta non referatur, sed ut *Cicer. in orat. pro Aula Cacinna* testatur quod à *Gallo Aquilio Tribuno* plebis JC. apud veteres Romanos auctoritatis maximæ primùm inducta sit, adeoq; solam legis vim obtineat. Sed nihil hoc ad eversionem theseos facit: Si ita, acceptilationem simplicem jure usitato inniti, quid inde efficies? an non propterea æque ac Aquiliana verbis solennibus & ficta imaginariaq; solutione constabit? Verùm thesi adversatur, quod actus legitimi per procuratorem expediri nequeant (quod *disputat. 7. in παρεργ.* de aditione hæreditatis diximus) At mandato accedente acceptilatio per procuratorem fieri potest. *l. 3. ff. de accept.* Et per consequens actus legitimus non erit. Clarissimi ævi superioris JCti *Francisc. Hottoman. illust. quest. 34. Barnas. Brisson. lib. 2. de solut. Petr. Faber. 2. semestr. 22.* pro eo quod in *d. l. 3. sine mandato* legitur, reponunt *sine novatione.* Verum cum non improbabilis responsio haberi potest, ad correctionem refugere nolo: eam mihi suppeditat *Cujac. 15. observ. 16.* Ideoque placent verba illa: *sine mandato:* accipere pro eo, ac si mandato præcedenti procuratori sit ante permissum novare obligationẽ ut in *l. 13. § tutor ff. de acceptil. l. 4. C. de novat.* Remedio enim novationis, acceptilatio rectè fit per procuratorem. Iucurrit hunc locum scrupulus iste, quem se torsisse scribit *Petr. Fabr. d. l.* cur acceptilatio sit actus legitimus, non item stipulatio? cum utraque sit juris civilis & verbis consistat, & inter præsentes fiat hæc quidem ad contrahendam, illa verò ad tollendam obligationem. Rectissimè sibi ipsi eundem eximit; Addo *(inquit)* quod non absque ratione tentari potest, in acceptilatione facienda solennitatem olim aliquam extrinsecus adhibitam fuisse, cum enim eodem ferè genere quidq; dissolvi, quo contractum est, soleat. Per acceptilationem verò *JCtus* à nexu absolutionem, & liberatio-

 nem

nem contingere dicat. *l. 1. de acceptil.* non temerè est (*nisi fallor*) quod nexum quoque in acceptilatione peragenda intervenisse credimus: atq; adeò æris & libræ symbola, quæ ut in mancipatione sic etiam in nexu adhibebantur antiquitus. Etenim apud *Festum lib. 12.* *Ælius Gallus* in eorum genere, quæ necti dicerentur hæc posuit, testamenti factionem, nexu dationem & nexu liberationem, quod postremum ad acceptilationem spectare credo, apud *Varronem lib. 6. de ling. latina*: etiam *Mutius Scævol.* quæ per æs & libram fierent, ut obligarentur, præterquam quæ mancipio darentur, hęc nexus nomine significari rectè cēsebat: Ab his igitur solennibus acceptilatio solennis & legitimi actus nomen sortita est, quæ cum in stipulatione non adhiberetur, ideò non fuit actuum legitimorum numero adscripta.

XIII.

Inutilis acceptilatio utile pactum habet.

l. 8 in pr. ff. de accept. De cujus legis lectione notat quædam *A. August. 1. Emendat. 2.* tamen hac in re aqua ei hæret, ut de se ipso testatur: Sed non dubito, *idquè cum Doctoribus*, quin longè certior sit *Florentina lectio*, quæ habet: *Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum.* quàm vulgaris, quæ habet; *nisi contra sensum est, non habet pactum.* Idque ut si credam, movet me auctoritas Pauli *in l. si unus §. pen. ff. de pact.* Et rectè utile pactum, idque propter naturalem consensum, qui est, ut à reo non petatur. *Donell. ad tit. C. de acceptil. n. 4.* opponitur. Acceptilatio fit per stipulationem *l. 1. de accept.* Inutilis verò stipulatio non producit utile pactum *l. 1. §. si quis ita de V.O.* Ergò. Huic objectioni occursum à *Donell ad d. l. 1. § si quis ita*, & post eum à *Borcholt. in tract. de V.O. cap. 1. num. 16.* discrimen scilicet esse inter stipulationem & acceptilationem: Illa obligationem parit, hæc liberationem. Et promtiora sunt jura ad liberandum, quàm ad obligandum, si ulla sit occasio *l. Arrianus ff. de O. & A.*

DE NOVATIONIBUS.

XIV.

Cui rectè solvitur, is obligationem novare potest.

Verba sunt JCti Pauli *in l. 10. de novat.* excepto eo, si mihi

aut Titio ſtipulatus ſim: nam Titius novare non poteſt, licet ei rectè ſolvatur, adeoq; Titius nō in obligatione, ſed in ſolutione adjectus eſt, *l quod ſtipulatus 10. ff. de ſolut.* & ſuperiorem doctrinam confirmat *Venulejus l. 31. §. 1. ff. de ſolut.* exemplo duorum reorum ſtipulandi. 1. Opponitur *l. ſi unus 27.* ibi: nam nec novare alium poſſe, quamvis ei rectè ſolvatur. *ff. de pact.* R. In theſi jus regulare proponi, quod ſuis exceptionibus reſtringitur, quæ prima eſt in argentariis ſociis; altera in *l. ſerv. 16. ff. de novat.* ubi ſervus potiùs adjicit obligationem, quàm priſtinam novat: quod item de filiof. traditur in *l. 52. ff. eod.* niſi hæ perſonæ, quibus adminiſtratio peculii permiſſa eſt, novando meliorem ſuam conditionem faciant. *l. fin. in pr. ff. de novat.*

XV.

An pœnali ſtipulatione prior obligatio novetur? Neg.

l. 41. l. 42. l. 71. ff pro ſoc. l. prædia de act. emt. l. ita ſtipulatus. §. Sabin. ff. de V. O. ac de hoc ut minus dubitetur, ſpectetur ſtipulationis pœnalis finis, & in eo ſententia contrahentium. Conſtat pœnalem ſtipulationē adjici prioris firmādæ cauſa; adjicitur enim quò magis id fiat, quod prius cautum eſt, *§. ult. Inſt. de leg.* Eſt autem abſurdum dicere, præcedentem ſtipulationem tolli ea, quæ præcedentis firmandæ cauſa adhibetur. *l. 4. § ſi ex reconventione. ff. de re judic.* præſertim cum hæc pœnalis ſtipulatio ad priorem acceſſoria ſit. At acceſſorium non debet novare principale. *l. qui uſumfr. 58. ff. de V. O.* Neq; quod in alicujus favorem introductum eſt, in odium ejus converti debet; neq; viciſſim, quod in alicujus odium inductum eſt, id in ejus favorem converti. *l. nulla. 25. ff. de ll. l. relegatorum. 7. in fin ff. de interdict. & releg* In favorem autem creditoris pœna principali contractui adjecta eſt, ut timore pœnæ debitor ſervaret promiſſa. *arg. l. 1. C. de arbitr.* Non ergò in odium ejus converti debet, & novationem contra creditorem pro debitore, in cujus pœna adjecta eſt, ut quod placuit, præſtet, aut ſimul pœnam operari. Notandum verò ſtipulatorem electionem habere vel pœnam, vel principale petere, non verò utrumque *l. 4. §. Labeo ait. 7. ff. de dol. mal. except. l. reſcriptum. §. ſi pacto. ff. de pactis.* Si tamen ex principali obligatione egit, poteſt,

quod

quod amplius est, in pœnali stipulatione petere, & contra *l. si quis ff. pro soc. l. prædia. ff. de act. empt.* imò utrumq; si id actum probetur. *l. 115 de V. O. l. 16. ff. de transact.* Quæstioni opponitur *l. si penum. ff. quando dies leg.* Ad quam vide *Donell ad l. 115. q. 32. de V. O.* Item *l. 44. §. fin. ff. de O. & A.* Sed ibi præcessit facti obligatio, & idcircò quasi novatio fit. Quare? Vid. *Zas. in sing intell. c. 4. Donell d. l. n. 33. ibid. Duar.* Adde *Hottom. illust. quæst. 10.*

XVI.

Certis quibusdam casibus animus novandi specialiter olim exprimi debuit.

Hac de re differens *Sebast. Medices in suo tract. de novat. q. 5 p. 1.* tria jura consideranda esse scribit. 1. Jus illud, quod fuit ante jus Digestorum, & secundum illud eo ipso, quod secunda cautio erat, sive contineret idem, sive plus sive minus *l. fin. §. præterea. C. de novat.* 2. Est jus Digestorum, & hoc jure ita demum fiebat novatio, si secunda obligatio continebat plus, secus autem si minus *l. scire debemus ff. de V. O.* 3. Est jus Codicis, quo non fit novatio, nisi expreßè agatur. *d. l. fin. C. de novat.* quæ traditio non usq; adeò à vero aberrat modo. Illud juri Digestorum addideris, & eo jure quibusdam casibus nō potuisse novationem fieri, nisi illud specialiter actum & expressum esset, iis scilicet, quibus nihil erat, ex quo colligi posset, eum contrahentiū volūtatem fuisse, ut novatio fieret, ut in *l qui usumfructum. 58. ff. de V. O.* ubi dicitur, eum qui stipulatur actum, deinde iter vel fructum, deinde usum, nihil agere nisi se novandi ita facere specialiter expresserit, quæ expressio idcircò necessaria erat, quia posteriore stipulatione nihil actum videbatur, cùm quod ea stipulabatur, quæ jam in priore stipulatus erat; Ut enim in actu iter est, *(de quo dixi disput. 5. thes. 5.)* sic & fructui usus inest, ut itaq; novatio fiat, animus novandi exprimi necessum est. Vana ideoque *Jacobi Cujac. ad d. l. qui usumfructum* conjectura est: in verba illa: *nisi novandi animo, &c* à Tribon. adjecta existimat, cum non tantùm eo loci verba ea reperiantur, sed & in *l. aliam. 29. l. si rem. 31. §. si duo. ff. novat.* ex quibus si ea cum *Cujac.* sustuleris, erit quod certissimis juris principiis & menti JCtorum repugnaverit & contrarietur, ut rectè *Anton. Faber. 3. conject. 3.* dixerit, ea verba ab ipsis JCtis prætermitti non potuisse,

tuisse, & si quibus in locis ea prætermissa sunt, ex juris ratione omninò subintelligi debere, & pluribus docuit noster *Donell. ad d.l. qui usumfructum.n.de V.O.*

XVII.

In casibus, in quibus olim fiebat ipso jure novatio, hodiè non fit ope exceptionis.

Hoc est (ut clarius proferr *A. Gail.2.observ.30.*) si quis velit agere ex prima obligatione, an illi opponi possit exceptio novatæ actionis, videlic. primam obligationem per secundam novatam esse, si non sit expreßè inter partes hoc actum, quòd secunda obligatio primam novaret. Præstantiss. *Jacob. Menoch. libr.3.de præsumpt.134.n 46.* affirmat, motus *l. pen ff. de præter. stipul.* Cui quo minus cum *And. Geil. d loc.* accedam, facit *l. fin. C. de novat.* ibi: nisi hoc specialiter expresserint, *& in verbis:* nihil penitus innovari, &c. quæ sunt universaliter negativa, inquit *Geil. d loco.* Et paulò penitius, si quis *d.l. fin* introspexerit, & in ea mentem & propositum *Justiniani*, non gravatè sententiæ nostræ asseclam se præbebit. Olim dubium erat, quando novandi animo in secundam obligationem itum esset, aut quando id actum esset, ut fieret novatio, aliis affirmantibus, animo novandi in secundam obligationem itum esse, aut id actum esse, ut fieret novatio, aliis id negantibus: Idcircò *Imp.* constituit, ut hodiè novatio non aliter procedat, quàm si nominatim & specialiter ea expressa fuerit; Quod si *Menochii* sententiam admiseris planè in nullo dubitatio & altercatio veterum sublata erit. Effectu enim novatio ut olim induceretur, cum nihil intersit, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *l. nihil interest. ff. de R. I.* An *d.l. fin.* extendatur ad delegationem? Negat *Bartol.* Affirmarem, quoniam est species novationis, & quod de genere dicitur, idem valere debet in omnibus speciebus. *Sichard ad d.l. fin. in fin.*

Utrum novatio ex conjecturis inducatur? tractat *d. loc. Geil.* Vide *Fabr. 3. conject. 92.*

EXERCITATIO DECIMA SEPTIMA.

RESPONDENTE
NICOLAO FISCHERO
CAROLOPOLITANO FR.

THESIS I.

Quomodo ex maleficiis obligatio oriatur? disquiritur.

Non rectè obligationem sine consensu vel quasi dices. At cum in delictis *ex sententia Glossa ad §. jus autem. verb. penè de jur. N. G. & C* negabimus; Quæ causa, ut & has obligationes ex re, hoc est, ex ipso maleficio & facto delicti, non re pecuniaria, aut facto contractus *Justinian.* dixit in *pr. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Verùm nullius aut exigui hæc momenti: Communior & hæc conclusio naturalem & civilem obligationem ex delictis oriri; quæ etiam (*ni fallor*) verior est; De civili indubium est. Nomina enim & pœnas delictorum in specie à jure civili inventas esse *ex tit. ad l. Jul. Majest. & ad l. Pomp. de parricid. cum similib.* constat. De defectu naturalis consensûs, etsi paulò abstrusior res sit, nihilominus eum ex ipso delicto nostri colligunt. Nam delinquendo voluit se ad pœnam delicto præstitutam obligare. *l. Imperatores. 34* ibi: ipse te huic pœnæ subdidisti. *ff de jur. fisc.* quinimò naturalis obligatio nō solùm oritur ex consensu sed etiam ex naturali æquitate jurisgentium. *l. cum amplius. §. natura. ff. de R. J. Vacon. à Vacun. 1, declarat. 17.* Hinc etiam dicimus, ex sententia condemnatoria eam nasci, licet condemnatus non consentiat; Judicium enim in invitum redditur *l. inter. 83. §. 1. de V. O.* ex illa scilicet æquitate jurisgentium, quę vult magistratibus obtemperandum esse. *l. 2. ff. de Just. & Jur.* Si e etiam

etiam subest hîc æquitas jurisgentium prohibens delicta, & dictans neminem lædendum esse, alias societas humana consistere non posset. *l. si arte. 70. §. id quod* ibi: nam pœnas ob maleficia solvi magna ratio suadet *ff. de fidejuss.* unde & delictum contractus dicitur. *l. fraudari. ff. de public.* & crimen capitale contrahere *l. post contractum, ff. de donat.* & contrahere crimen perduellionis. *l. donatio. fin. in de donat.* vid. *Aristot. 5. Ethic 2.*

II.

Quid publica, & extraordinaria judicia criminalia distent à popularibus & à privatis pœnalibus judiciis, explicare non infacili est.

Publica sunt (*inquit Clar. §. 1. pr. pract. crim. post Gomes. c. 1. de delict. n. 4.*) quorũ accusatio, vel persecutio permissa est cuilibet de populo. Privata autem, quorum accusatio, vel persecutio regulariter non permittitur, nisi parti læsæ. Quæ sententia displicet *Soarezio* in additionibus ad *Gomezium*; nec satis est (*inquit*) ut unicuiq; populari integrum liberumq; sit de delicto obnoxium arcessere, ut id inter publica delicta referri, recenseriq; debeat, nisi etiam expressim lege aliqua publicorum judiciorum cõtineatur *l. 1. de public. judic.* quod & animadvertit *Johannes Baptist. Baiard in addit. ad eundem Clar n. 1* non valet (*inquit*) consequentia: quilibet de populo potest accusare de tali crimine. Ergò crimen est publicum. Nam Accusatio suspecti tutoris competit cuilibet de populo, etiam si agatur ad remotionem. *l. 1. §. consequens. ff. de suspect. tutor.* & tamen judicium illud non est pubicum. Addo ex natura actionum popularium, & eas omnibus competere; nec inter publicas, licet interdum publicæ dicantur. *l. cum qui ff. de jur. jurand.* rectè referentur. Conjũctis igitur & collatis copiis *Duar & Cujac.* sic rem dêfinio: Publica sunt quæ certis quibusdam legibus Populi Rom. constituta sunt *d. l. 1. ff de publ jud.* Quæ cur sic dicta: Rationes varias adsignat *Duar. 1. Disp. 32.* ex quo differentia inter publica & popularia apparet, quoniam hæc certis quibusdam legibus inter ea relata sunt, etsi suum jus populo tueantur, *l. 1. ff. de popul. act.* Ex hinc & extraordinarium discrimen elucet, quæ cuivis ex sententia *Cujac. 8. obs. 23.* nõ patent. *l. 3. ff. de extraor-*

traordin. criminib. Addit etiam *Cujac.*publica*(inquit)*judicia legitima & ordinaria legem,pœnam,formulam habent certam. Extraordinaria legem quidem habent, sicut & omnia qualiacunq; judicia,specialem pœnam & formulam,ordinemvè certum non habent. Privata sunt (*inquit Duar.*) de quibus legibus illis nihil cautum est; ideoque non publicè omnibus patent, sed ei duntaxat,ad quem ea res pertinet. Sed neque ad vindictam (*addit Cujac.*)præter injuriarum actionem; igitur privata sunt tantum pecuniaria, non quidem respectu pœnæ; sic etiam popularia & publica atq; extraordinaria quædam pecuniaria dici possunt, & ipsa quoq; injuriarum actio,sed rei pecuniævè amissæ respectu, & ita pecuniariā actionem accipio in *l. de sepulchro viol.* Horum omniū judiciorum variam quoq; cōmutationem adnotari par est; Nam & quod privatum est,publicum potest esse, vel extraordinarium,veluti furti,& quod extraordinarium publicū, veluti prævaricationis & concussionis,& quod publicum privatū, ut de pecuniis repetundis, de quibus plerunq; ad recuperatores.

III.

Ex delictis itaq; tàm criminaliter, quàm civiliter agitur; Sed quando civiliter agitur? dubium est.

Et quidem dubium usque adeò,ut si *Saliceto* credimus *in l. 1.C.de sep.violat.*quidquam certi in hac re constitui non possit.Et certè variatio *Dd.*mirifica est, quæ facilè rem intricatā esse arguit:Omissis autē iisq; supervacuis opinionū recitationibus, quib. si quis delectetur, sitim restinguet ex *Delrione ad l.Transigere.n.13. cum seqq.C.de transact.* Nobis probabilis erit illa cōmuniter probata sententia, judicium criminale à civili modo & fine persequendi differre. Finis omnium accusationum hic unicus,ut per eas vel publicæ vel privatę rei consulatur,q̄ fit plectendo sontes vel corporaliter vel pecuniariter; aut eos condemnando ad rerum nostratum restitutionē earumvè æstimationem.In plectendo consideramus, & ab invicem secernimus pœnam corporalē à pecuniaria: Illo enim modo si quis puniatur, haud dubiè criminaliter actū dicemus;Hoc modo inspicimus,cui pœna applicetur:si ea fisco ex natura propositæ actiōis aut cōdēnatione ju-

di-

dicis adſignetur, criminaliter itidem actum dicetur; Si verò parti agenti, civiliter reputabitur. Et ut ſummatim rem colligam, inſpicimus, cujus in commodum res cedat; Si in fiſci aut Reip. quod & fit, cum corporaliter plectitur. *arg. l. 17. §. id quod ff. de fidejuſſor.* tunc criminaliter actum cenſebitur; Si verò in commodum privati agentis, tunc actio civiliter inſtituta reputabitur.

DE FURTO.

IV.

An furtum natura prohibitum ſit? A.

l. 1 §. 3. de furt. ibi: lege naturali prohibitum eſt; Quod confirmat *l. probrum 42* ibi: furta & adulteria naturâ turpia ſunt: *ff. de V. S.* Natura (*inquam*) ea quæ peperit jus gentium per diſcurſum, quod noſtri ſecundarium vocant, quo jure dominia rerum ſunt diſtincta, & agris termini poſiti. *l. ex hoc jure. ff. de Juſt. & Jur.* Ergò & furtum prohibitum *arg. l. nam hoc natura. ff. de condict. indeb.* Eleganter *Cic. 3. offic.* Cujus (*inquit*) ſocietatis arctiſſimum vinculum eſt, magis arbitrari eſſe contra naturam, hominem homini detrahere, ſui commodi cauſa, quàm omnia incommoda ſubire, vel externa, vel corporis, vel etiam ipſius animi, quæ vacent Juſtitia. Contrarium primum *Theodorus* quidem *Ariſtippi* diſcipulus exiſtimavit: adulterium ſcilicet & furtum, & quod ſceleſtiſſimum furti genus eſt, ſacrilegium, non naturâ turpia eſſe, ſed opinione vulgi, ut *ex Diogene Laert.* refert *Scip. Gentil. 1. παρεργ. 21.* Quæ ſententia etſi abſurda, adeoque ab omni ratione aliena ſit, aſſeclam tamen nacta eſt, *Andr. Alciatum in d. l. probrum. ff. de V. S.* qui in vita æquitate, in vita adeoq; juriſprudentia, furtum naturâ prohibitum eſſe negavit. Magnus ſanè viri magni error, & *Alciato* indigniſſimus, nec quicquam ad Parmenonis (quod dicitur) ſuē exempla illa Lacedæmoniorum & Ægyptiorum faciunt. Permiſſa ipſi furta præſertim eduliorum, quò magis ingenia ipſorum acuerentur, memoria prodidêre *Plutarch. in vita Lycurg. Gell. lib. 11. c. ult. Alex. ab Alex. 6. genial. dier. 19.* Sed num idcircò juſtum æquumq; reputabimus furtum? & ſumma dementia eſt, omnia ea juſta exiſtimare, quæ ſita ſunt in populorum inſtitutis ac legibus gentium diverſarum. Nota eſt aurea *Ciceronis* regula: Salus populi ſuprema lex eſto, ab ea ſi quid deflectat, id juris nomen mereri nec poteſt nec debet, & leges non ab arbitrio hominum,

sed à Deo profectæ prodesse volunt omnibus, nocere nemini nilque aliud quærunt, nihil cupiunt, nihil in votis habent, nihil præclarum ducunt, nisi civium salutem, civitatum incolumitatem, hominumque vitam beatam & tranquillam, quæ contra si quid statuatur, ut injustum impiumque ex jure averruncabimus neque consequitur; impunitum illud est; ergò turpe non erit; Cum noti juris sit: ob pœnæ remissionem & indulgentiam, turpitudinem criminis non cessare. *l. generalis. C. de sentent. poss restitut.* Adde *Fortat. dialog. 26.*

V.

Furtum etiam rei minimæ fieri putamus.

§. *Gallinarum Inst. de Rer. divis.* Nec enim furtum ex rei subtractæ quantitate, sed ex animo surripientis æstimatur. *l. 37. ff. de usucap. c. final. 14. quæst. ult.* Atq; hanc sententiam communiter receptam esse testatur *Clar. In §. furtum. n. 23.* eam tamen sibi nunquam placuisse scribit *Didac. Covar. 1. variar. resolut. 3. n. 12.* Movetur, quod jus ars æqui & boni definiatur in *l. 1. ff. de Just. & Jur.* At nulla *(inquit)* æquitas dictat pro re minima furti actionem, quæ infamiam irrogat, concedi E. R. ad minorem, æquum esse furti actionem largiri, ubi furtum est. At in re minima illud committitur. Nam etsi modicum sit, nihilominus *(ut eleganter in dissimili casu loquitur JCtus in l. 1. §. illud non interest. 10. ff. de conjung. cum emancip. lib)* furtum erit. 2. Tali movetur argumento *Covar.* Actionem de dolo non concedunt JCti pro re minima. *l. 9. cum seqq. ff. de dol mal.* Ergò nec actio furti pro re minima dabitur. R. à separatis malè inferri. Separatur autem hac in re actio de dolo ab actione furti, quia hæc ordinaria est; illa autem extraordinaria & tùm demum competes, ubi nulla alia actio superest *l. 7. in pr. ff. de dol mal.* Ideoq; eam nō putavit Prætor promiscuè, & pro minima summa indulgendam esse. *d. l. 9. in fin.* quamvis ordinaria pro re minima concedatur. *l. si propriet trius. in fin. ff. de damn. infect. d. l. 1. § illud ff. de conjung. cum emancip. liber. 3.* Non adversatur, quod *Zas. singul. resp. 26.* scribit pro re minima in judicio Cameræ imperialis actionem furti non permitti, & ideò cum ad duos nummos furti ageretur aliquandō, actionem cum summa indignatione rejectam esse: Non *(inquam)* illud adversatur. Nam *ut rectè Vesenb. ait*, non ideò sequitur, in curiis subalternis lites pauperum

non

non esse audiendas, quibus unus nummus pretiosior est, quàm divitibus centum.

VI.

An pœna strangulationis, qua hodiè fures afficiuntur, æquitati naturali innitatur? A.

Miram videre videor *(inquit Ant. Guib. c. 18. in suo polyhist.)* in re natura turpi & illicita humanarum opinionum varietatem ; Reperiuntur etiamnum hodiè *(inquit Moller. 1. semest. 37.)* quibus nimis durum & iniquum videbatur, ob exiguam pecuniæ summam morte hominem mulctari, quod neq; lege Moysi, neq; legibus antiquis Romanorũ, tàm civilibus quàm prætoriis pœna mortis in fures statuta est, *ut eleganter persequitur Forner. 1. selectionum. 15.* Quamvis cum nocturno fure, vel arborum, pecuniævè sacræ aut publicæ severiùs agatur. *l. 4. ff. ad l. Aquil. l. furem 9. ff. ad l. Cor. de Sicar. l. 2. ff. de arb. furt. cæsar.* Capitali enim fraude ac pœna digniora sunt furta, quæ cum alio flagitio cõjunguntur, ut sic, opinor, delicti & pœnæ proportionis ratio habeatur, quæ certè in omnibus attendẽda est, *ut sapienter M. Cicer. 3. de legib. ait:* Noxiæ pœna par esto. At quæ erit hæc proportio, ut ob rẽ corruptioni obnoxiam, & furto subtractam homini vita adimatur? cum hominum causa totus mũdus, & omnia quæ in eo sunt, creata sunt *l. 2. ff. de stat. homin.* Cum hominis liberi nulla æstimatio, hominis cum bonis nulla comparatio sit. *l. 1. §. sed cum liber homo ff. de his qui dejecer. l. huic scripturæ. §. final. ff. ad l. Aquil.* Nec sanè (ut pleraque adversariorum prosequamur) inficiari potest, crescentibus delictis pœnas exasperandas esse. Si id modò eodem pœnæ genere fiat, ut scilicet cum pecuniariter deliquerit, & pecuniariter puniatur, quod ut sacris literis consentaneum, *Exod. 22.* Ita jure Romano receptum. Lege enim portia & edictis Prætorum dupli, quadrupli pœna inducta fuit. Undè *Cato in præfat. libri de re Rustic.* majores *(inquit)* nostri sic habuére, & ita in legibus posuere, furẽ dupli condemnãdum, fœneratorem quadrupli. Si dixeris fures sæpissimè esse pauperes, ut nec simplum quidem, nedùm duplum aut quadruplum reddere possint: Tunc compedibus constrictos laboribus addicendos, & ad triremos damnandos respondebimus. Sic quoque Romani ob maleficii summam

mam atrocitatem non facilè vitam cuipiam adimebant, sed potius reos pœnæ servos fecerunt, ac in opus publicum, utputa ad metallum, lapidicinas condemnabant, ut vincti perpetuo, vel ad tempus utiliter servirent. *l. capitalium § dirus. ff. de pœn. l. 7. §. ad tempus. ff. de interd. & releg.* Atque ita mercede conducere operas eis operarios necessum non fuit, ex quo & magna ad Remp. utilitas manabat. Quinimò & major pœna est, si damnatus in opus publicum, ut perpetuò pœnam subeat, major (*inquam*) pœna & terror reliquis incutietur major, cum tamen natura benignitatem & clementiam, servando homini vitam, exinde conspicere liceat. *Hæc & similia à nonnullis, ut existimant furum defensores, proferuntur.* Quibus rectè cum *D. Augustino* dixeris, nostrum non esse leges condere, sed conditis parere, nec de legibus, sed secundum eas judicandum esse, quasi etiam nec hujus pœnæ ratio maxima sit, veteribus Romanis usitata. *l. fin ff de condict. caus. dat. l. 16. §. qui rem l fin. ff. de furt. Forner. d. loco.* Et Draconis legibus instituta. *Plutarch. in Solone Gellius 11. noct. Attic. ult.* Leve est, quod illi summoperè urgent, proportionem cum pœnæ, cum ipso delicto instituendam esse; institui & nos volumus, & eam collimamus. Sed falluntur, dum rem, & non qualitatem delicti intuentur. Qualitas delicti, quæ ex eo apparet, an videl. & quatenus Rempubl. ac salutem communem lædat, facilè delicti & pœnæ ejus proportionem ostendit, cum constet, fures societatem humanam non minus violare, Reipubl. sedatum turbare, quàm homicidæ & adulteri, ut pluribus voluit *Wesenb. in π. h. tit. n. final. vid. Moller. d loco.*

VII.

Qui ultra quinque solidos furatur, dicta strangulationis pœna afficitur. Qualis verò intelligatur solidus? dubitatur.

Tit. 27. in usib. feudor. Si quis (*loquitur textus*) quinque solidos valens, aut plus fuerit furatus, laqueo suspendatur; sin minus scopis & forcipe excorietur & tundatur. Quo in loco *quid solidus sit*, video mirum in modū controverti. Plurimi cum pro asse seu grosso Misnico accipiunt, atque ita non de furibus seu latronibus

d.

d.constitutionem exaudiunt: Probant illud ex §. *post natalem*. 4. *si quis rusticus* Ubi in arbitrio est rustici, qui contra edictum gladio se accinxit; vel gladium judici exhibere, vel eundem 20. solidis redimere, ubi solidum non pro asse accipi experientia testatur, cum rustici tanti valoris gladiis uti à vero sit alienum: & leges loquantur de iis, quæ ut plurimum, & non quæ rarò fiunt. *l. 3. cum seqq ff. de legib.* Atque ita & à vero alienum videtur, textum loqui de furibus, cum pro quinq; grossis quem suspendi sit iniquissimum. Alii & quidem non illi contemnendæ authoritatis, Doctores, præfatam cōstitutionem de furibus intelligunt. Quibus adstipulor cum *Mollero ad constit. Electoral. 4. part. 32. num. 3.* Nec est, quod quis regerat loqui de furto, cum quo pacis violatio cōcurrit; Hoc ipsum enim est, cur laqueo ejusmodi fures puniat constitutio, quod pro turbatoribus pacis publicę eos habuit *Imperat.* ut qui non personas tantum subditorum, sed & res illorum tutas & securas esse voluit; Neque hoc jus primum à Friderico introductum est, sed antè eum jure Saxonico, quod multò antiquius est, receptū legitur *in artic. 13. Landr. lib. 2.* ubi dicitur: Den Dieb soll man hencken. *Daniel. Moller. d. loc. num. 6.* Verùm summam non declarat, ut explicāt Lipsenses & Wittember. *in consult. constit. Saxon part. 4. quæst. 4. n. 10. fol.* (mihi) 72. Cujus definitionem à Friderico introductam esse dicere possumus, confirmatam constitutione Carl. V. Jam itaque De Solido quærimus: cum pro aureo hodiè accipi nota *Bernard. Wurmsf. lib. 1. tit. 50. obser. 11.* Verùm *Wesenb. in addit. ad Schneid. §. alia. Instit. de donat.* generaliter aureum ungaricum pro solido usurpat; Quam sententiam probat *Daniel. Moller. 1. semest. 37. nu. 2.* & Scabini Lipsenses & wittembergenses in pronunciando sequuntur: *d. const. Sax. nu. 10.* quod & æquius est. An verò hæc pœna pro uno magno (*ut nostri loquuntur*) furto locum habeat? Affirmo: quod indubium de Jure Saxonico est, *per constitut. 32. part. 4.* etsi communis opinio in contrarium sit. *Moll. ad d. constit. nu. 8.* Magnum autem furtum quod sit, *ex supra dictis* cognoscitur. Quid de eo statuendum; ubi plura minuta furta unum magnum faciunt? id scilicet, laqueo puniendum. *d constit. 32. ibid. Moll. n. 12.*

VIII.

Nonnunquam contingit, ut fur rupto laqueo de patibulo cadat, unde Dd.nostris crux orta, an jure adhuc suspendi possit? quod nego.

Dubia hæc quæstio est & difficilis, neque jure nostro definita. Proinde quod rationi & interpretibus sanioribus consonum arripiendum erit; & ex eo primum negativæ opinionis fundamentum ducimus. Dubium est. Ergò benignior interpretatio arripienda erit. *l. semper in dubiis. ff. de R.J.l. ea quæ in fin. ff. de pœnis.* Benignior autem hæc interpretatio, ut absolvatur reus, quam ut condemnetur; Unde JCtus in *l. absentem. ff. de pœnis.* ait; satius esse nocentem absolvere, quàm innocentem condemnare. Facit & huc ratio *l. Arrianus. ff. de O. & A.* faciliores nos esse debere ad liberandum, quàm obligandum. Secunda ratio hæc sit, post sententiam & conclusionem in causa criminali semper ad probandam rei innocentiam novæ probationes & præsumptiones recipiendæ sunt, *Hippol. in pract. §. occurrunt. nu. 3. Wesenb. in π. ff. de probat. nu. 9.* At hæc si non probatio, saltem præsumptio momenti non exigui erit pro reo Dei potius omnipotentis quàm voluntate judicis, servato, *arg. l. nihil interest. 32. ff. ad l. Jul. de Adult.* Ideoque si protestatur post lapsum de sua innocentia, absolvendus erit. Nec enim volumus ipsum absque discrimine liberari; Quid enim si omnibus de ejus malitia & nocentia constet? annè eum liberandum esse censebimus? neutiquam, sed potius per incantationes instanti pœnæ ereptum dicemus, ut *Bald.* voluit, in *c. venerabili. de Testib,* Nec tamen requirimus, ut post alios in terminis voluerunt Clar, in §. *final. q. 98. nu. 9.* Alciat. *in tr. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 44.* reum de sua innocentia, priusquam supplicio subjiciatur, potestari debere. Siquidem *(ut rectè D. Virgilius Pingitzer socer honorandus decis. Jenens. 7. subjicit?* in tantis angustiis & extremo vitæ discrimine constitutus, & quasi attonitus, singulis momentis carnificis ictum expectās, magis sollicitus esse præsumitur de salute animę, quàm corporis. Sufficiet itaq; post lapsum eam interposuisse, ut sic judex uberiorē habeat accuratius cogitādi occasionem de liberatione, vel mitigatione pœ-

pœnæ. Varia hujus rei exempla refert nobis adsistens. *Boër. decis. 217. n. 18.* Non obstāt dubitandi rationes *à socero meo* allatæ Quod n. primo loco adferebatur, hunc casum legibus decisum nō esse, ut verum arripimus, & pro sententia nostra ut argumentum firmissimum apponimus, qui decisus non est; ideoq; meritò ad mitiorem interpretationem, rejecta strictiore, trāsimus, *arg. l. placuit. C. ad. Judic.* Nō etiam secundo loco posita objectio obest. Nam quod dicunt, delicta punienda esse. *l. ita vulneratus. ff. ad l. Aquil.* & nos puniri volumus & hic noster pœnam sustinuisset, ni miraculose ab ea ipsum liberasset, non cœca & impia fortuna, sed inevitabile & justum divini numinis arbitrium, ut sic ne vel adversariorum præpotente potentia, vel qua ratione innocens (*Ad eum n. hæc mea se dirigunt*), & miser reus interiret, judicium oculorum caliginem mentis & judicij cœcas latebras aperiret, & ad solis lucem cœcutientes hac sua submonitione perspicatiores & in condemnandis lenitatē commonstret, Exempla hujus rei scimus: sciunt & mecum alii: cogitent judices nō de glande legenda, non de oleo, vino aut tritico legato agi, sed de hominis vita & existimatione: Ibi si erratur, jactura est exigua; hic major esse nequit. Ut ergò judex, ne innocentem condemnes: Nec te moveant vanæ vulgi errantis voces, fracturam laquei fraudulenter artibus & præstigiis Satanæ, vel ex debilitate funiculi fieri posse; aperi oculos; judicium adhibe; tutè enim scire potes, quantum his dictis fidei adhibere debes, *arg. l. 3, de §. Testib.* Si fallaciarū debilitatisvè ulla subsit suspicio; quod jus justiciaque jubent exequere; Nec enim ad eum casum nos tendimus; circumstantias diligenter ruminari volumus & in solitum casum, & divinâ prudentiâ contingentem collimamus, non fraudulentum, non magicum. Ergò vide Judex, ne innocentem effundas sanguinem, ne impium justifices. *l. 2. C. de his qui latr. &c.*

IX.

Condictio furtiva in solidum contra furis hæredem competit.

Nihil est turpius ingenuo, nihil minus libero dignum (*inquit Cicer. 4 act. in Verr.*) quàm in conventu maximo cogi à magistratu furtum reddere. Idem *de furti & furum indignè factum plurib. 3. offic. execratur*; Quæ causa ut & Romani odio pessimi delicti

plures introduxerint actiones, quib fures cõtra tãto rectius dominis veris provideri posset. §. *planè inst. de Act.* quæ jugiter usque adeò eos accusant, & corda eorum, instar vulturis Titii lancinant; ut nec apud inferos eos quiescere patiantur, sed post mortem odia plusquam Vatiniana contra successores eorum exercẽt. Tacta, quidem levi brachio ratio nostris, cur id speciale cõdictioni furtivæ tributum, quam agnosco, sed non sufficientem. Fortitudo quidem permagna, furari: at quis non persimilem in permultis aliis cernit, ubi tamen extorsio turpium lucrorum sufficere putatur, *l. 5. de calumniator. l. itaque 38. de dol.* Quare addere par fuerat frequentiam criminis, quæ odia expostulavit majora Quod ut tantò firmiùs teneamus, videndum quomodo cõmunis hęc opinio subsistat. Perpetua hæc juris regula est, & à nostris magno consensu recepta: Ex persona hæredum cõditionem obligationis non immutari *l. 2. §. ex his igitur. 2. ff. de V. O. l. cui fundus. ff. de condit. & demonst. l. pratoria. § incertam ff. de prat. stipulat.* Conditio autem condictionis hæc est, ut contra furem omni dubio procul in solidum competat. *l. 8. ult. & tot. tit. de cond. indeb.* Ergò & contra hæredem ejus. Accedit, quòd in re furtiva fiat quidem conditio corporum, sed tandiu saltem, quandiu extiterint: iis enim pereuntibus succedit æstimatio. *d. l. 8. de condict. indebit.* Ergo ut maxima non corpora ad hæredem pervenerunt, ęstimatio tamen, quæ eorum vicem subit, pervenit. Et sic per consequens præstabitur. *l. 44. l. 38. l. 111. §. 1. de R. J.* Facit, quod fur perpetuo in re furtiva moram facere intelligatur, *l. 8. § 1. de cond furt.* usq; adeò, ut licet fur paratus fuerit excipere condictionem, & per rei dominum steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, & postea res perempta fuit. *l. final. ff. de condict. indeb.* At moræ hic effectus, ut obligationem perpetuet non tantùm debitoris, sed etiam hæredum & successorum, licet res amissa & peremta sit. *l. 23. §. 91. §. sequitur. de V. O.* Denique hanc sententiam confirmat. *l. 9. de condict. indeb.* qua in solidum adversus hæredem condictionem furtivam dari claris verbis exprimitur. Non ignoro *Cujac. 13. observat. 37. d l. 9.* exaudire in casu litis contestatæ, sed sine divinatione maxima, cum neque litis contestatæ mentio fiat, neq; secundum eum aliud juris statuendum foret in actione furti, quæ quamvis pœnalis sit, si tamen cum

fure

ſure, lis conteſtata ſit, contra hæredes in ſolidum competit. *l. uni. C. ex delict. defunct. l. 58. de O. & A l. 87. de R. J.* Pertraxit Cujacium in eam ſententiam *l. 9. cum ſeq. ff. de tutela & rationib. diſtrah.* quibus morte furis condictionem interire probari contendit, ſed niſu planè irrito. Nam *vel Cujacio invito* verum illud manet, ſi quid ad hæredes pervenit, illud hæredibus omninò extorquendum. *d l. 5. de calumniator.* quod tamen *ex Cujac. ſententia* minimè procederet, cum nulla ſupereſit condictio: per quam repetitio daretur. Ergò quod morte furis actionem interire dicuntur, audacter exaudi *cum Accurſ.* de actionibus pœnalibus, ſcilicet furti & damni, injuria dati. Generale illud dubium movere videtur. Actiones ex delicto defuncti deſcendentes non contra hæredes dari, niſi quatenus ad eos pervenit. *l ſicuti, 38. de R. J. §. non autem. Inſt. de perpet. & tempor. actionib.* Condictio autem datur ex delicto. *l. ſi ambo. 10. §. 2. ff. de compenſationib.* Sed perperam illud, condictio occaſione delicti, non autem ex ipſo delicto competit: eſt enim rei perſecutoria *l. 7. §. ult. de cond. indebit,* & propter delictum ad rem datur *l. 12. C. eod.* Cætera *Cujac.* refutavit *Ant. Fab. 4 conject. 1.*

DE RAPINA.

X.

Rapinæ mitiorem pœnam, quàm furto præſtitutam eſſe negamus.

Furum ſunt varia genera (inquit *Cujac. 6. obſerv. 2.*) alii improbiores ſive atrociores, qui raptores dicuntur, & crimen publicũ admittunt. *l. 2. §. utilius. ff. de vi bon. rapt.* Alii ſunt fures non adeò improbi, qui non admittunt crimen publicum. Hi clàm delinquunt, illi palàm; ex quibus colligo, ridiculum fore levioris conditionis eſſe eũ, qui vi rapit. quàm qui clàm amovet; Et cur fur furti pœna tenetur? annon quia invito domino rem alterius contrectavit, opinor. At quis magis invito domino rem contrectat, quàm qui per vim rapit, quin contendam, ſi diverſitatem pœnarum urſeris, furibus leniorem præ raptoribus pœnam imponendam eſſe, quia hi magis communem Reipublic. ſtatum, quàm fures lædunt: peſſimoque exemplo & violenti rapa-

ævitate se nihil non ausuros, sacra profanis, si ita ipsis sederit mixturos, ostēdunt, atq; adeo nihil ab ipsorum immani ausu immunie futurum, cum tamen furti timiditas potius, quàm audacia ex clancularia subtractione appareat, quibus etiam facilè omnis surripiendi ansa præcludetur, tua si diligenter asservaveris quæ etiam (*nisi fallor*) ratio est, cur præter actionem vi bonorum raptorum criminaliter quoque conveniri potest judicio publico de vi publica vel privata. Falluntur itaque *Zas. Jason. & Dd. ad §. ex maleficiis. Inst. de act* illud affirmantes: Fallitur itidem *Mynsing. in pr. h. t.* manifesti furti actionem contra raptorem denegās manifestus fur dicitur *in l. si vendidero. 80. §. cum raptor. de furt.* Ergo & pœna furis manifesti tenebitur: Unde & simpliciter furti actionem contra ipsum concedit *Imp. in pr. Inst. h. t. argum l. d. pretio. ff. de publ. in rem act.* Nec obstat *l. 1. ff. de vi bon. rapt*, ubi dicitur, eum qui rem rapuit, & furti nec manifesti teneri in duplum, & vi bonorum in quadruplū: Nam respondendum est, raptorem vel comprehendi in ipso delicto vel non *§. quadruplum h. t.* Si in ipso delicto raptor comprehendatur, agi cum eo potest furti *manifesti*; si non comprehendatur in ipso delicto: agetur cum raptore, furti nec manifesti *dict. l. 1. de vi bon. rapt.* Ut tamen id conferatur in arbitrium actoris, ut possit, si velit, propriam actionem vi bonorum raptorum intentare. Nec ex eo recto colligimus, inutilem esse hanc actionem, cum idem actione furti consequi possumus, raptor enim indistinctè sive deprehendatur sive non, pœnam hanc incurrit, & sine animo lucrandi furtum non committitur. *l. 1. §. 3. ff. de furt.* Rapinæ autem, injuriæ, ultionis, petulantiæ, quo casu furti actiones cessant *l. qui injuria. 53. ff. de furt.* cum maleficia voluntas & propositum delinquentis distinguat. 2. Non obstat, quod in raptorem sit actio mista & pœnalis, in furem tota pœnalis & perpetua. Fur enim ita demum, si deprehendatur, quadruplum pendit; raptor indistinctè, quamvis non deprehendatur, semper eandem pœnam subit. *Raineld. Corf. indag. 5.*

DE LEGE AQUILIA.

XI.

An rectè hic titulus de Leg. Aquilia inscribatur?

Dubita-

Dubitationem movet, quod sit rogata à Tribuno plebis *Aquilio*, atq; ita non ut lex, sed ut plebiscitum; & disertè statuit, *l. 1. ff. ad l. Aquil.* R. nihilominus rectè inscriptionem de lege Aquilia conceptam esse, effectu scilicet considerato, quoniam plebiscitum non minus obligat quàm lex, aut alia quævis juris species. *§. plebiscitum. Inst. de J. N. G. & Civil.*

XII.

Secundo L. Aquiliæ capite quid cautum fuerit? inquiritur.

Videtur *(inquit Cujac. in π. h. t)* fuisse de quavis alia ratione damni dati, etiamsi non fuerit læsa res nostra, sed intercepta nobis utilitas quædam quod rejicit *Faber. 2. παρεργ. 3.* Quis credat *(ait)* de tali damno statim secundo & medio legis capite edicturum fuisse legislatorem, ac non potius ultimo capiti, veluti miscello reversaturum. Quocirca is putat, de eo damno fuisse, quod à quadrupede datur & pauperies vocatur. Quæ sententia forsan ex eo improbatur, quod lex Aquilia prioribus de damno loquẽtibus ll. derogaverit, *l. 1 h t.* Legi autem de pauperie loquenti derogasse vix dici potest. *l. 1. ff. si quadr. paup. fecis. dic.* imò non debet, quia lex Aquilia loquitur de damno injuria dato. *l. 1. h. t.* At quomodo brutum animal, quod sensu caret, injuriam fecisse dici potest. *l. 1. §. ait Prætor. ff. si quadrup. paup. fec.* Quicquid dixeris nihil obest, cum res non ita magni momenti sit, neque quicquã certi de eo ullibi appareat. Si tamen cõjecturis locus detur, cum *Chiflet.* res censenda erit, *ex l. 5. §. 2. de serv. corrup.* videlicet de servo corrupto egisse, quod ut tantò firmius retineamus amovenda ea erunt, quæ primis oculis adversari videntur. Duo enim objicit huic sententiæ *Freherus d. loc.* Primum inscriptionem *d. l. 27. h. h. t. & d. l. 5. §. 2. de serv. corrupt.* Illa enim est *ad edict. lib. 18.* hæc verò ad *lib. 23.* atque ita longo pòst intervallo *(inquit Freher.)* tractat *Ulpianus* de servo corrupto. Verùm meminisse debuerat vir doctus, ea in re *Ulpian.* tempora edictorum observasse. In confesso enim est, edictum de damno, longè vetustius esse edicto de servo corrupto (quod patet ex *l. 39. ad l. Aquil.* Ubi &

Q

Q. Mutium de eo disputasse liquet) ut meritò de illo prius quàm de hoc disserere debuerit *Ulpian*, Altera ratio *Freheri* est; non esse causam, ob quam id in desuetudinem abire debuerit. Qua in re fallitur. Nam actio de servo corrupto in duplum datur licet fateatur. Actio a.l. Aquiliæ, inficiantem dũtaxat coërcet. *d.l. 5. §. 2. & l. 1. eod.* Nemo autem tàm stultus reperietur qui non actionem magis prægnantem sit electurus & hæc causa est, cur L. Aquiliæ actio in usu esse desierit.

XIII.

Si navis fune rupto, aut cum à nullo regeretur, incurrendo damnum dederit, an eo nomine in dominum danda sit actio? N.

l. quemadmodum. 29. §. Si navis. v. Sed si fune ff ad l. Aquil. Neque hoc quisquam negabit, qui leges fartas tectasque cupit, cui idem studium eas impugnanti, multa pro communi hominum utilitate contra subtilem disputandi rationem constituta, dubio omni procul plausibiliter extirpabit. *l. ita vulneratus, 51. in fin. ff. ad l. Aquil.* solus *d. legi. 29. §. sed si fune.* manum criticam admovit *A. Fab. 5. conject. 17.* Et ex illis verbis: *Cum domino agendum non esse*, negationem amovet, rationibus, *ut quibusdam videtur*, sat firmis, *ut mihi*, infirmissimis. Nam cum ruptis funibus (*inquit*) aut quod à nullo navis regeretur, damnum datũ est, imputari certè domino potest, quæ nõ ut ab aliquo navis regeretur, & bonis funibus esset instructa prospexit. Ideoq; à domino navis factum damnũ videtur, quod ipsius culpa contingit. Opinor *Fabrum* in facti cõtingentia hallucinari. Eo enim constituto cessabit objecti vis omnis. Cæruleos qui Neptuni campos vidit & sulcavit, in quib. quasi canes haud secus circumstant naves, vendorum damnifici turbines, qui (*inquam*) illos vidit, sæpius & medio in gurgite vi ventorum, vel qua alia tempestate naves anchoris jactis, consistere mecum testabitur. Sic & in casu nostro: Si jam ita navis anchoris alligata fune rupto, damnum dederit, annè tu æquum dixeris; contra dominum actionem dati damni concedendam esse: ex *Fabri* sententia utique, quia funibus probis navis destituta fuit;

fuit; At illud nego, & nautarum communem morem introspici volo, qui certè dubiis maris fluctibus se non, nisi optimis instructi funibus, credunt. Ideoque eo casu si in alterius navem navis religata eo, *ut dixi*, modo incurrat, illud ut casu fortuito contingens, domino navis non imputabitur. *l. contractus in fin ff. de R. J.* Neque hoc dubium, sed de altero casu, cum à nullo regitur navis, si dum damnum dederit, quid statuendum; annè hic domino imputari possit, cur non de idoneo gubernatore navi prospexit? certè esset, quod domino imputari possit, Si non casus propositus ipsum excusaret, idoneus navi præpositus est gubernator, sed qui vel

—— Dum sidera servat
Excussus puppi mediis effusus in undis.

Vel si servatus, sic, tamen turbantibus æquora ventis *(de eo enim casu loquimur)* omninò contractabilem clavum sentit, ut ventorum marisq; vacillanti & instabili fortunæ se cōmittere necesse habeat quo casu cum à nullo navis regitur, meritò & dominum navis excusamus. *arg. l final. §. si propter ibid.* propter necessitatem adversæ tempestatis. *ff. de publ. & vectigal.* Atque hanc expositionem verisimilem esse, ex § *si navis. 4 ejusdem legis*, facile cuivis constabit, & *inter disputandum* pressius deducemus.

XIV.

An vicino vicinus, ex cujus ædibus incendium ortū fuerit, damnum resarcire teneatur.

Distinguendum est *(inquit An. Geil. 2. observat. 22.)* utrum vicini, an verò sine ejus culpa incendium exortum sit, ut illo casu teneatur, hoc non item; quæ sententia est verissima. Vel tùm hoc loci illud in considerationem venit, cuinam hujus rei probatio incumbat, actori vel reo. Sunt qui reo, hoc est, ei, in cujus ædibus incendium exortum est, probandum dicant, quia vicinus præsumptive intentionem suam probatam habet. *l. 3. §. 1. ff. de offic. præfect. vigil. l. si vendita. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* In priore traditur, incendia plerunque culpa inhabitantium fieri: In posteriore dicitur, incendium sine culpa fieri non

posse(etsi de posterioris legis veritate inter se disceptent. *Hotto-man.5.observ.10.& Cujac.17 observ. 29. quam explicavi disp.Pandecta-rum 11.*)Ideoque nisi contrarium probaverit reus, huic præsumptioni stabitur. Et hanc sententiam tuetur *Daniel. Muller. 4. Semestr. 31.* Alii verò arbitrati sunt, reum non teneri, sed actorem compellendum ad demonstrationem certæ personæ, ut *Rol. à Vall.95.cons.volum.2.fol.(mihi)336.Andr.Geil.2.obs.21.n. 8. Menoch.2. arbitr.judic.cas.390.fol.(mihi)559* quos novissimè secutus est omnium latissimè hanc quæstionem tractans Socer meus *D. Virgil. Pingitzerus decis. Jenens.24.* & ut nos sequamur, sequentes rationes faciunt. Certum est ad hoc, ut quis damnum ex incendio contingens emendare cogatur, & condemnari possit, Ultra alia in rimis hoc requiritur, ut is qui convenitur doli, aut ejus culpæ nomine, quæ punibilis est, obligatus sit. Incendia autem multis modis, puta fatali malo, aut per vim majorem, cui resisti non potest, item dolo tertii, & culpæ familiæ contingere possunt, ut ex regula juris jam concludamus; in dubiis reo potius, quàm actori favendum esse: Item ex alia; actore non probante reum absolvendum esse, *arg.l.2.ff.de probat.* Item ex alia; in incertis condemnationem sequi non posse. *Roland.à Valle d.loco n.11.* Secundò incendium inter casus fortuitos connumeratur. *l.contractus.§ final ff de R.J.l.sic ut certò.§.quod verò senectute.ff. commod.* Ergò de incendio non tenebitur, nisi culpa ejus factum probatum fuerit. Tertiò ex eo confirmat *Roland. à Valle d.loco.* tenere ignem in domo, non est prohibitum, cum sit unum ex quatuor elementis. Etsi hæc negeat quidam ex Philosophis, sine quibus homo vivere non potest: quoties autem quid faciam de genere permissorum, si quid ex iis faciam, præsumptio pro me est, quæ transfert onus probandi in contrarium. *arg.l.nec non. §.quod eis.ff. ex quib.caus.major.* Nec quicquam officit in contrarium allata dubitandi ratio, præsumi sc. culpa inhabitantium incendia fieri, quinimò hoc ipsum non negamus, sed vi istius præsumptionis condemnari reum debere inficiamur, ut eleganti collectione demonstratur ab Alpheno in *d l.si vendita ff.de peric.& commod. rei vend.* quia(*inquit*) sine patrisfam. culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum est, continuò dominus in culpa erit, & hanc sententiam in pronunciando hujus illustris Salanæ

Ma-

Magnificus JCtorum ordo sequitur. vide *Fachin.1.c.87.*

DE INJURIA.

XV.

Num actor animum injuriandi adfuisse, vel reus abfuisse, probare debeat?

Si id quod objicitur, natura sui contumeliosum sit, tum animo injuriandi objectum censetur, nisi reus contrarium probet. *l.5.C.de injur.* talia enim sunt subjecta, qualia prædicata demonstrant, & econtrariò. *l.stipulatio ista habere.§.hi qui.ff.de V.O.Jul.Clar.§.injuria.n.12.l.5.sent.* nisi conjuncta sit persona, quoniam in ea corrigendi potiùs, quàm injuriandi animus præsumitur. *l.unic.C.de emend.propinq.* Unde *Accurs.per l.vestem.in verb. testimonium.ff.h.t.* dicit, quod ratio sanguinis tollat præsumptionem inferendæ injuriæ, & eleganter probat *l.si qui adulterii. C.de adulter.l.penult.§.fin.ff quod fals.tut.author.* & notabiliter *Bartol* loquitur in *l ut vim.n.1.ff.de Just. & Jur.* quod injuria, quæ fit à parente, usque ad septimum gradum non præsumatur animo injuriandi fieri. *And.Geil.2.obs.106.n.6.* Si verò sui natura, aut moribus per se non sit injuriosum, rectius actori probationem imponimus. *arg.l.32.ff.de V.S.* Vide omninò *Marscard.2.de probat. conclus.902.n.6.& seqq. Wurmbs.1.Inst.44.obs.10.*

XVI.

Injuriam inferens protestatione honoris, ut si dicat: Tu mentiris, *salvo honore non excusatur.*

Protestatio enim actui contraria nihil operatur. *l.21.in verb.* nam admissum contrariam voluntatem declarat. *ff.de adq. hared. Geil.2.observ.101.n.3.* At hæc protestatio talis est: Nam verbum injuriosum præcedens declarat se alterius honori non consulere, ideò duo pugnantia conjungit, & per consequens &c. Adde quod protestatio illud jus tantum conservet quod habet, nihil autem de novo confert, *l.si debitor.4.§.si in venditione.ff.*

quib. mod. pig. vel. hypot. solvit. At verba injuriosa inferendo jus illud habet, ut sc. conveniri possit. Igitur non protestatio hoc ei dabit, ut agentem injuriarum excludere queat. *l. 5. C. de injur. Guido Papa decis. 465. fol.* (mihi) *707.* nisi subessent conjecturæ, per quas talis protestatio adjuvaretur, quod scil. non habuisset animum injuriandi. *Jul. Clar. d. §. injuria. n. 13.*

XVII.

In continenti tamen verbalem injuriam alia verbali repellere licet.

Arma armis repellere licet. *l. 3. ff. de Just. & Jur.* E. multò magis verba verbis, nî illud jure expressum dixeris, hoc non item. Replicabo arg. à majori ad minus replicabo itidem rationis identitatem; quæ enim esset inter hunc & superiorem casum differentia? nec hæc levia sunt, majus illud est, quod suppeditat *d. l. 3.* ut vim *(inquit JCtus)* atque injuriam propulsemus. At in casu nostro injuria facta est, & eam propulsari volumus; nî & hic cavillari cum quibusdam velis, textum *d. l. 3.* loqui de reali non verbali injuria. Sed dico, de genere affirmatum, & de singulis speciebus affirmatum censeri, & hoc apponimus, famam & honorem pari passu cum vita ambulare. *arg. l. justa. 8. de manumiss. vindict.* & ignoscendum ei esse, qui provocatus se ulcisci voluit. *l. 14. §. 6. ff. de bon. libert.* item nihil ipsum delinquere, qui id agit, non ut alteri, sed ne sibi nocitum sit. *l. 2. §. idem ait. 9. de aq. pluv. arcend. Wurmbs. 1. tit. 47. q. 18. Vaud. 2. variar. q. 29. Geil. 2. observ. 101. numer. 3.*

XVIII.

Si quis contra testes excipiendo, dicat illos esse infames, perjurôs, adulteros: an ideò injuriarum tenebitur?

Omissis aliorum dictis cum *Corras. 6. miscell. 24. Costal. in l. ult. quod quisq. jur. in al. stat.* distinguimus, ut si accusatus capitis aut famæ hujusmodi crimina testibus objiciat, conveniri nequeat; Ignoscendum enim ei est, qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit. *l. 1. ff. de bon. eor. qui mort. sibi cons.* Unde in his

cri-

criminibus, quæ pœnam mortis continent, licitum est adversario corrumpere. *l.18.C.de transact.* Si verò accusetur bonorum tantum, potestatem hanc minimè ei concedimus, quinimò potius obtinere contendimus illud: Qui excipiendo calumniam objicit, pœnam calumniæ non effugit. *l.1.C.de advocat. divers.jud. l.si verò.§.1.ff.qui satisd.cog.* neque cautio Dd. satis tuta est, quam tamen sequitur *A.Geil.2.obs.101.n.6.* protestationem sc. hoc in casu actionem elidere. Nam ut *sup. quæst.16.* dixi, protestatio actui contraria nullius effectus est.

XIX.

An de privatis delictis transigere permissum sit? distinguo.

Vel criminaliter agitur pro privato delicto, vel civiliter: Priore casu transigere non licet: ratio est, quia partes juri publico renunciare non possunt, neque efficere, ut delicta maneant impunita. *l. 7.§.si paciscar.ff.de pact.* juncta *l. licitatio. §. quod illicitè. ff. de pub. & vectigal.* quod utrumque efficeretur hoc casu. Unde constitutum legitur, qui accusatorem datâ pecuniâ corrumpit, ipsum crimen falsi committere. *l. ejus qui delatorem. ff. de jur.fisc.* & actorem desistentem extra ordinem puniri. *l.si quis repetere.in fin.ff.ad SC.Turpil.* Posteriore casu secus est, per *l.post decisionem. C.de furt.* ubi in causa furti si civiliter agatur, licita est transactio; Idem probat *l.si pro fure.in pr.ff. de condict.furt. l.si tibi.§.quadam.ff. de pact. l. interdum.§.qui tutelam.l.si pignore. §.5.ff.de furt.* Et hanc communem esse post plurimos testatur *Delrio ad l.18. n. 167. C. de Transact.* Nonnulli contrarium docuerunt, indistinctè scilicet in privatis transactionem permittentes. Idque primò ob id, quod *d.l.18.* dicit de publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licere. Ergò de privatis secus videtur. R. consequentiæ rationem infirmam esse. Nec enim publicum & privatum crimen ita sibi invicem opponuntur, ut de uno negatum extet, illud protinus de altero affirmatum censeatur. 2. Opp. quod publica crimina severioribus pœnis vindicentur, & omnibus accusatio permissa

sit, quæ ratio facit, ut transactio permissa non sit. Sed in criminibus privatis hæc cessat. Ergò. R. neque hoc consequi; Nam licet gravior illorum pœna sit, tamen in privatis delictis publicæ vindictæ ratio postulat, ut legitimis pœnis vindicentur. 3. Oppon. quod in potestate nostra sit, actionem intentare. Ergò & eam rursus pro libitu extinguere consequi dicendum videtur. R. argumentum procedere in civili actione, non autem in criminali, quoniam in hac *(ut dixi)* publicum interesse vertitur, quod privata transactione lædi non debet. De publicorum criminum transactione dicam *disputatione ultimâ*.

EXERCITATIO
DECIMA OCTAVA.

RESPONDENTE

JOHANNE HILBRAND
Schwandorffensi Palat.

THESIS I.

ACtio est Jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

In *pr.h.t.* Actio non est ipsa rei persecutio, quæ in facto hominis consistit, sed & jus & potestas quædam persequendi, quæ consistit in intellectu & animo. Et rectè *Donell.hîc ait.n.5.* Jus per metonymiam significare facultatem jure concessam. Quod additur, *sibi debetur*, ex eo (*inquit Donell.*) incidit hæc definitio in reprehensiones vitiosæ definitionis, quod apertius *Hottom.ad pr.h.t.n.17.* censuit. Nec enim sub ea reales actiones contineri videntur, quia iis peto rem meam: At res mea mihi non debetur. *l.27.l. 34. ff de aur. & argent. legat. Cujac.* dicit, non nisi impropriè hanc definitionem posse trahi ad actiones reales; quod etiam voluit *Mynsing.hîc n.19.* Verùm absurdum esset, & ab instituto *Justiniani* longè alienum, definitionem divisione subjecta angustiorem censere. Ideoque ad objectionem dicimus, omni actione peti debitum: debitum illud consideratur vel ratione dominii, vel possessionis, vel alicujus juris: actione reali etsi dominium nobis non debetur. *d. l. 27. l.34. de aur. & arg legat.* possessio tamen nobis debita eadem petitur. *l. ii. §.1.ff.de condict. indeb.* quod eleganter confirmat *l pecuniæ verbum 178. §.fin.ff.de V.S.l.2.ff.de compens.* juncta *l.ult.C.eod.2.* Opp. quod popularibus actionibus non persequamur id, quod nobis debetur. *l.1.ff.de popular.act.* sed jus populo debitum. Unde qui

ha-

habet hanc actionem, dicitur non intelligi esse locupletior. *l. penult. ff. de popular. act.* Sed rectè huic objectioni occurres: Verum quidem esse, popularem actionem jus suum populo tueri, idque ex summo & principaliore fine, nilominus ipsa actione à privato proposita privatam pecuniæ persecutionem contineri, atque ita etiam hac petitur quod nobis debetur, quoniam litis contestatione incipimus creditores fieri. *l. 12. ff. de V. S.* nec mutat, quòd locupletior non dicatur, qui habet popularem actionem: quia hoc verum est de tempore litis contestatione præcedente, juxta *d l. 12. ff. de V. S. 3.* Opp. *l. 4. l. 41. ff. de hered. petit. l. 7. §. 4. ff. ad exhibend. l. 27. § possidere. ff. de Rei vind.* quibus legibus sustinetur judicium & actio instituta, antequam quid debeatur; Unde malè exigit definitio, ut sit debitum. R. nos in definitione agimus de judicio inchoando. Jura verò in contrarium adducta loquuntur de inchoato judicio: quando suscepti judicii tempore nihil quidem debebatur, sed tamen an deberetur, dubium erat, quo casu judicium tenet, modò lite contestata incipiat deberi. 4. Oppon. *Donell.* officium judicis, & restitutionem in integrum. Si enim *Debendi* verbum ita latè acceperimus, erit & officium judicis actio, quoniam & eo petimus, quod nobis debetur: ut de usuris ex mora præstandis legimus in *l. mora. §. 1. ff. de Usur. l. initio. C. de pact. int. empt. & vend.* Idem de restitutione in integrum dici potest: ut quicquid est, in quo petimus restitutionem, sit adhuc in eo, quod nobis debetur: nemo enim videtur re exclusus, quem Prætor in integrum se restituturū pollicetur. *l. nemo. ff. de in integr. restit.* Jam tamen ex potiore Interpretum sententia constat, aliud esse actionem, aliud officium judicis. *l. 7. ff. de ann. leg. l. planè. l. fin. ff. de petit. hered.* Actio est ex juris regulis, officium judicis magis contra regulas juris, ex æquitate singulari. *l. quod Ephesi. ff. de eo quod cert. loc.* de restitutione in integrum illud planum fit ex *l. quod si minor. §. ult. ff de minor.* Verùm utrique objectioni optimè à *Donell.* responsum est, ad *pr. h. t. n. 14. & seqq.* quem omninò vide.

II.

Actionum origo cui juri adscribenda? quæritur.

Brevi-

Brevibus rem sic definio. Cujus juris est contractus, ejus erit & Actio, ex eo proveniens. Assumptionem suppeditat *l. ex hoc. 5. ff de just. & jur.* in qua pleriq; contractus jurigentium adscribuntur. Et pleraque actiones: excipiuntur nonnulli, qui juris civilis esse perhibentur, consequenter & eorum actiones: ut actio ex stipulatu, *vide disp. 13. q. 1.* Contrarium communiter Dd. statuunt, inter quos est post alios *Forcat. dial. 82.* Argumenta ejus levicula sunt: Dicit 1. judicium est juris civilis. E. & actio. Propositionem nego: Quis enim gentibus aliis judicia fuisse negat? legatur *c. 17. lib. 2. Moys.* Inspiciatur *c. novit. 13 extr. de vind.* Denique volvantur omnium gentium historiæ: & nil frequentius quàm judiciorum mentionem inveniet. De Atheniensibus constat celebre illud *Areopagitarum* institutum: De aliis gentibus aliter, neque tamen opinamur, peculiarem Romanis judicii ritum & morem observatum non fuisse. Sed nihil hinc efficies, per ea quæ diximus *disp. 14. th. 12.* 2. Opp. quod actiones passim juris civilis, vel Prætoriæ vocentur. R. illud rectè dici, ratione confirmationis commodatum haud dubiè jurisgentium est, ejus tamen gratia Prætor edictum proposuit. 3. Opp. *l. 2. §. deinde. ff. de orig. jur.* ubi dicitur, actiones compositas & à jure civili introductas esse. R. illud intelligendum ratione formæ, non materiæ, ut ex sequentibus colligere licet. Cur enim ita compositæ sunt? ne sc. quisq; prout vellet, eas instituerunt, sed rudes, & ut sic dicamus, inconditæ.

III.

Omnium actionum summa divisio in duo genera diducitur (a) *aut enim* in rem *sunt, aut* in personam: *De* mixtis (b) *&* in rem scriptis actionibus (c) *disquiritur.*

(a) § *omnium Inst h. t.* Illa vindicatio, hæc condictio appellatur. § *appellamus Inst. h. t.* Vindicare est rem suam dicere: condicere est rem petere sive persequi, quæ sua non est: ex obligatione tamen quapiam sibi debetur *Burch. in tr. de O. & A. c. 2. n. 2.* Condictio & actio in personam synonyma sunt. *Clud. in proœm.*

tr. de condict. n. 12. Notatu autem hîc dignum est, formulam actionis in personam hanc fuisse receptam: *Si dare aut facere oportere.* §. *actionum. Inst. h. t.* Et olim coram testibus fiebat. An autem hodiè adhuc denunciatio illa necessaria sit? ex Canonistarum sententia de honestate utique, non etiam de necessitate *Clud. d. l. n. 23.* ubi latè refutat *Corras. 4. misc. 7.* contrarium sentientis sententiam. (*b*) Cujusmodi sunt actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, & cur illæ mixtæ dicantur, explicat Imperat. in §. *quadam. Inst. de act.* quia tàm in rem, quàm in personam esse videntur: ut tamen sub summa illa divisione contineantur, dicimus verè personales esse: Nec obstat. *d. §. quadam. Inst. dict. t* in quo dicitur, eas etiam *in rem videri.* Rectè *videri* nec nos negamus, sed *verè esse* pernegamus; cum quia actio in rem nunquam ei detur, qui possidet. *§. æquè. Inst. h. t.* At judicium familiæ erciscundæ non tantum ei datur, qui non possidet, sed etiam ei, qui possidet: & huic maximè. *l. 1. §. qua quidem actio. ff. famil. ercisc und.* tum quia actione in rem petimus rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem. §. *sed istæ. h. t.* At familiæ erciscundæ judicio, item communi dividundo, sic ad divisionem rerum communium provocamus, ut magis partem nostram petamus quàm alienam: Eleganter *Donell. ad §. quadam. Instit. h. t. Cisner. ad §. 1. Inst. h. t.* (*c*) Quæ itidem personales sunt. *§. præterea. Instit. h. t* Neque adversatur *l. 9. §. ult. ff. quod met. causa.* In qua actio quod metus causa in rem scripta appellatur, quoniam eorum verborum sententia hæc est, hanc actionem non in certam personam, puta qui metum intulit, sed generaliter conceptam esse, ita ut etiam adversus eum detur, ad quem res per vim & metum extorta pervenit. *Pac. 2. ἐναντ. 72.*

IV.

An rei vindicatio etiam rerum incorporalium nomine competat? Negamus.

§. *Omnium.* ibi: veluti si rem corporalem possideat. *Inst. h. t.* Refragatur nominis etymon: Vindicatio dicitur à vindicando.

hoc

hoc est, asserendo manu possessoris, *Cic. pro Muren. Gell. 20. noct. Att. 9. Jacob. Ravard. add. l. 12. tabul. cap. 6.* Hoc autem non cadit in res incorporales, quas de manu possessoris nemo dixerit asseri posse, quod ipsum ex formula in rerum vindicatione usitata. *Gell ex dict. l.* melius constat; Olim enim in re præsenti sive ager, sive quid aliud esset, litigatores manu apprehendebant, & coram Prætore manus invicem corripiebant. Sed postquam Prætor propagatis Italiæ finibus in locum, de quo lis erat, proficisci gravaretur, institutum est contra 12. tabulas tacito consensu, ut litigantes non ex jure apud prætorem manum consererent, sed ex jure manu consertum vocarent, id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua agitur, vocaret, atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Prætorem deferrent, & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicarent; Contrarium tamen docuit præclariss. *Donell. ad §. omnium. n. 18 Inst. h. t.* Quia *(inquit)* de rebus incorporalibus, puta servitutibus, etiam actionem in rem esse disertè scriptum est in *§. aquè. Inst. h. t.* quod si de his in rem actio sit, etiam vindicatio erit, cum omnis in rem actio vindicatio appelletur, *l. actionum. ff. de O. & A.* Quanquam quid opus est verbis, cum tot locis disertè dicantur servitutes vindicari *l. 2. §. 1. ff. si servit. vind. l pen. §. 1. ff. si ususfr. petat.* Sed nihil Donellus proficit. Triplex quidem ex sententia *Cujac. 5. obs. 29.* vindicatio est, proprietatis, servitutis & pignoris. *l. 3 est autem. §. Pompon. ff. ad exhib.* Verùm proprietatis vindicatio propriè est vindicatio: Cæteræ quasi vindicationes. Et confundit in argumentis suis *Donell.* genus vindicationis, cum rei vindicatione: vindicantur quidem servitutes, sed non rei vindicatione, verùm confessoria & negatoria, de quarum differentiis videndus est *Borch. ad §. aquè. h. t.* Addatur *Wesenb. in ff. de R. J. V. n. 5.*

V.

Num actionem in libello propositam post litis contestationem immutare liceat? Affirm.

Vulgus *Dd.* inter *emendationem* & *mutationem* distinguit; Ut quidem emendare nihil aliud sit, quàm mendum & errorē tollere: Mutare verò, actione vetere relicta, novum intentare: Illud licere volunt ad sententiam definitivam usque; Hoc ad litis contestationem. Nos ex veritate juris & hoc ad sententiam usque licere sic probamus. Primum expressis verbis statuit *l. 4. §. ult ff. de noxal. action.* posse post litis contestationem actionem ita mutari, ut ex directa fiat noxalis, vel contra ex noxali directa; Hoc quid aliud, quàm actionem propositam mutare. Secundò utor *§. si minus. 34. Inst. h. t.* in quo Imp. correctionem libelli in eodem judicio permittit. E. & post litem contestatam. Cum per litis contestationem judicium demum constituatur. *l. un ibid. Sichar. C. de lit. contest.* 3. Ideò mutatio admittenda erit, qua in actione omissa, reo actor non nocet, sed potius eū adjuvat, ut qui ipsum ab instituta actione liberet, *l. postquam. C. de pact.* 4. Constat ex regula generali, Juris errorem in damnis admittendæ rei suæ non nocere, *l. error. 8. ff. de I. & fact. ignor.* At in proposito per errorem actionem sibi non competentem proposuit, cur non igitur melius de jure suo edoctus, aliam & jam in eodem judicio, proponere possit? cum Prætoris officio incumbat, quàm celeberrimè lites componere, *arg l. æquissimum ff de usufr.* 5. Huic sententiæ manifestò adstipulatur JCtus in *l. cum fundū. §. ult. ff. de vi & vi armat.* Opponitur primo loco argumentum allatum *à Petr. Ferrar. sub rubr. Form. libell. in act. real.* Quid enim (*inquit*) si super actione proposita deliberavit reus cum Advocato & sumptus fecit? si dicamus post litem contestatam locum esse mutationi adhuc, erit necesse redire Advocatum, & novas expensas subire, quod esset valde inconveniens. R. *ex l. 3. C. de edend.* eam mutationem admittendam esse, juxta authoritatem & æquitatem jus dicentis, quæ hæc est: ut ei sumptus refundantur, *l eum quem. 70. ff. de Iud.* Instabis. Actori satis amplum ad deliberandum superesse spatium. E. reo potius favendum erit. *arg. l favorabiliores ff de R. J.* Sed instantia ea admissa, sequetur & illud nec ante litis contestationem mutationem admitti posse. 2. Opp. Quod per litis contestationem quis obligetur, ut ab ea discedere & amplius pœnitere non possit. *l. sed etsi. 52. ff de judic.* R. Neque nos ab ea discedere, quinimò potius eam, proposita postmodum competente actione,

confirmare. Neque officit *d. l. 52.* modò eam juxta casum *l. postquam.4.C.de pact* interpretatus fueris. 3. Opponitur, quod super clausula emendata nulla possit esse contestatio. E. nec sententia. *l. probatam. C de sent ent* R. sufficere contestationem litis in summa petita; quæ deinde facillimè extenditur ad speciem adjectam. 4 Opp. *l non potest. de Iud.* inquit *Paul.* videri in judicium venisse, id quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est. R. Paulum loqui de iis, quæ de novo accedunt, id est, post litis contestationem deberi incipiunt; diversa obtinet ratio in iis, quæ antè fuerunt debita, sed non petita. *l. 35. ff. de judic. l. si rem. ff. de pignor. act.* 5. Opponitur, qui dicit se possidere, usque ad litis contestationem pœnitere potest; postea verò non. *l. is qui se. ff. de Rejudic.* E. nec libellum mutare. R à separatis malè inferri. *l Papinian. ff. de minorib.* Possessor enim non potest esse certus de jure suo; Idcircò dolo facere videretur, si postea se possidere negaret. Contra in casu nostro, ut ex 4. nostra ratione colligere licet. 6. Opponitur *Nov. 112. c. 3.* ubi sancitur, non licere ei, qui actionem movit, eandem pro arbitrio omittere, & in aliud tempus differre. R. *d. c. 3.* agere de iis, qui actionem institutam ita remittunt, ut ei non renuncient, sed ejus alio tempore exercendæ potestatem sibi reservent; Nos verò de iis agimus, qui veteri actione planè relicta novam instituant. 7. Opp. Judex judicare non debet de eo, quod in judicium deductum non est, stultumque eum esse, qui aliter facit. *l. ut fundus. ff. commun. divid.* R. hoc casu plus illud velut ex eadem causa procedens in judicium deductum, intelligitur. *l. si hereditatem ff de petit. hered.* 8 Opponitur, quod in judicio quasi contrahitur, & sicut nec à vero contractu receditur. *l. sicut. C. de O. & A.* ita nec quasi. R. Quasi contractum induci super generalitate judicii, non autem super particularibus ejus. 9. Opp. quod pœnæ, quæ imponuntur per leges alicui, propter injustam petitionem, habēt locum post litis contestationem. *l. 1. C. de plus petit.* E. non potest fieri mutatio, quia semper posset dicere se pœnituisse. R. Propositionem loqui de animo doloso. In casu verò nostro de errore, quo probato licitum erit in eadem instātia actionem mutare. *§. si minus. Inst. de act.*

VI.

Quis ille casus unicus in §. æque. Inst. h.t. *valde inquiritur?*

Si quis in sylva dumosa & ampla leporem latitare dicat, neq; locum demonstret, incertum suspensumq; venatorem longè incertiorem dimittit. Idem hoc loci factitasse *Iustinian.* scribit *Hotom.* & rectè ante ipsum *Aemil. Ferret.* an; qui casum hunc invenerit in Digestis, inveni neminem: Quæ causa fuit, ut *Ferret.* manum Criticam textui admoverit, & pro eo, quod legitur *Sane uno casu;* substituerit: *Sanè non uno casu:* Quasi id *Iustinian.* voluerit, cũ scripsisset in corporalibus, ei qui possideat, non esse actioné proditam: per quam neget rem actoris esse, eaq; res illum admonuisset, posse aliquem dubitare, an verum sit eum, qui possideat, nunquam agere, non quidem in rem & negatoriè, sed quacunq; actione, & quocunq; modo, non uno sanè casu eum, qui possideat, nihilominus agere posse, verùm quia res erat extra propositam materiam, ne longius vagaretur, quàm necesse esset, præsertim alienis immiscendis, rejecit legentem ad latiores Digestorum libros. E. de duplicibus mixtisq; judiciis sensit, in quibus est evidens, eum, qui possideat, agere posse, & hanc lectionem sequitur *Donell. ad d. §. æquè. n. 33.* Ab his plerisq; divertunt, & lectionem vulgatam retinent, *Cont. 1. lect. 1. Rober. 1. recept. lect. 18.* qua retenta mirum, quàm difficilis sit inventu casus ille unicus. Duos video à plerisq; proponi & defendi. Primus est, *in l. officium. 9. ff. de rei vind* in qua dominus & possessor à depositario, commodatario & similibus, qui non possident quidem, attamen rem tenent, & restituendi facultatem habent, rem suam vindicat. Verùm à plurimis ex eo rejicitur, quod tùm non casus unicus, sed plures constituerentur: Quibus respondet *Robert. d. l.* casum hunc unicum esse, qui licet multos alios complectatur, illi tamen facilè in unum hunc reducunt, cum quis ita possidet, ut ipse tamen rei non insistat, remque detineat, quod in jure usitatissimum est, unum simpliciter id dici, quod cum in genere unum sit, in alia tamen multa diducatur. Alter proponitur *ab Accurs.* quem sequitur *H. Vult. 1. discept. 5* nimirum de eo intelligendum esse, qui, cum adversus ipsum, ut possessorem rei corpora-

lis,

lis, instituta esset rei vindicatio, ejusmodi aliquam exceptionem objecit, quæ ut maximè actor dominus sit rei petitæ, obstare tamen possit, quo minus pro ipso pronuncietur; & pluribus prosequitur *d. loc. Vult.* Nos quid unicuique tribuamus, disputatio edocebit.

VII.

Serviana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Hoc quomodo intelligendum, dubitatur? *Accursius cum suis putat, nudam domini scientiam sufficere ad taciti pignoris constitutionem; Nos expressam conventionem requirimus.*

l. 4 ff. in quib caus. pig. tac. contr. l. ult. C. eod. §. interdictum. inst. de interdict. Contra observatur in invectis & illatis in prædium urbanum. *d. l. 4. l. ult.* In danda ratione diversitatis varii sunt nostri. *Accurs.* eam reddit, quod sancta rusticitas omnia palam habet, inquilinus verò multa clam apporter, quæ locator ignorat: Sed non probatur *Forcat. 17. dialog. n. 4* Aliter Cujac. *ad l. 4. ff. de pact.* qui sumit rationem ex morib. populi Rom. qui postea in jus abiere. *l. 61. §. locavi. ff. de furt.* Melius rem considerarunt Donell. *tract. de pign c. 4* Baldus *eod. c. 6.* Forcat. *d. loco.* putantes absurdum fore, invecta in prædium rusticum tacitè obligari, locatori cum propensione satis cautum sit fructibus, pignori esse constat. Hi cum nulli nascantur in urbanis prædiis, necesse fuit, siquidem ulla re caveri velimus locatori, invectis & illatis cautum esse. Non his adversatur §. *item Serviana. Inst. h. t.* Siquidem eum *(ut in Thesi dixi)* accipimus, ubi expressè obligatæ sunt, non aliter. Non itidem juvat *Accursii* sententiam *l. certi juris. C. locati.* Ibi enim voluntatis appellatione significatur expressa conventio, ut in *l. 5. §. 1. ff. in quib. caus. tacit. pign. contrah.* Horreum *(inquiunt)* usibus rusticis destinatum esse, & nihilominus in iis tacitam conventionem

ex

ex *d.l.3.* obtinere constat. Sed non animadvertunt, eo in loco horreum pro ædificio urbanis usibus destinato accipi, cum scilicet domui junctum est. *l. tabernam. ff. de Instruct. vel instrum legat.* in tantum, ut pretiosissimam fortunarum suarum partem in ea Romani reponerent. *l.3.§ effractura. ff. de offic. praefect. vigil.* Hinc illud in *l. in ratione. 11.§. verum est. ff. ad l. Falcid.* Pondus argenti, quod in horreis habeo, sic & in *l. periculis. §. item cum quaereretur. ff. de aur. arg. legat.* Et pluribus demonstravit *Barnab. Briss. 4. antiquit. 118.*

IIX.

Præjudiciales actiones personalibus adnumeramus.

Cur ita hæ actiones dicantur, explicat *Duar. 2. disp. 2. Cujac. 18. observ. 23. Robert. 1. sentent. 13. Baro Zas. Hotom. ad §. praejudiciales. Inst. h.t. Vult. 1. discept. 3.* Jam ad illud, quod in quæstione est, & magis ad naturam actionum in rem accedere. *Duar. dict. loco* voluit, quoniam judex ita ferè pronunciat, ut in actionibus in rem, puta servum esse. Verùm *Duar.* contra seipsum argumenta satis urgentia adfert. Primum. *l. actionis verbo. 37. ff. de O. & A. l. 1. ff de rei vind* quibus in locis præjudicialis ab actionibus in rem secernitur; Atque ita fieri debere ratio suadet, inquit *Vult. d. discept. 3.* quoniam actionibus præjudicialibus in controversiam non deducuntur res, quarum sit commercium, ut fit in actionibus realibus omnibus, vel ut noster *Donellus ait ad §. praejudicialibus. n. 10. Instit. h.t.* quia in actionibus præjudicialibus non est res, quæ restitui debeat: aut de qua restituenda agitur, quod tamen est in omnibus in rem actionibus, quæ propriè tales sunt *l. 9. l. 68. ff. de Rei vind. l. 16. § si in vindicatione. ff. de pignor.* quinimò actiones in rem dantur adversus eum, qui possidet tantùm, nec possessionem restituere vult. *l. final. C. de Rei vind.* Præjudicialis actio redditur etiam nulla causa interveniente, & adversus eum, qui nullam facit controversiam, *l. ult. ff. si lib. ingen. esse dicat.* utputa si quis vereatur, ne libertus sibi controversiam aliquando faciat, & se libertum esse inficietur. Sic in actionibus realibus

bus semper actor certus est. §. *1. Inst. h. t.* At in actionibus præjudicialibus cum quæritur, uter actoris vel rei personam sustineat, attendendum sit, secundum cujus intentionem formula concipitur, ut is actoris partes sustineat. Rei autem partes illæ, secundum cujus intentionem formula non concipitur. *l. generaliter. ff. de except. Cujac. d. l.* Non obstat à *Duaren*, allatum argumētum, cui conjungit *d. §. præjudiciales. h. t.* ubi dicitur, in rem eas videri. Rectè (*inquit Zas.*) videntur, sed revera non sunt, & *Donell.* videntur (*inquit*) ideò esse in rem, quia status petitur, quasi suus, & adversus quemcunque ratione possessionis contrariæ: Et sicut in actione reali petitur, pronunciari rem suam; ita hîc petitur pronunciari statum illum suum esse. At sicut simile non est idem, & quę ratione unius tertii similia sunt, non protinus eadem sunt: ita non rectè hîc colligitur: Actiones præjudiciales videntur esse in rem. E. re ipsa sunt reales. Altera argumentatio contra sentientium ex eo est, quod actiones in personam definiantur ex sola obligatione. §. *1. h. t. l. actionum genera. ff. de O. & A.* quibus intendimus nobis dari aut fieri oportere. § *sic itaq;. h. t.* Sed rectè dicit *Valtej.* argumentum illud profluxisse ex nimis angusta actionum personalium consideratione. Ut enim in jure personarum consideratio duplex est; una in obligatione, quæ causatur ex conventione & ex delicto; altera in potestate: Ita duo etiam hi fontes sunt, ex quibus actio personam profluat.

IX.

Pœna ex actionibus popularibus agenti, non fisco applicanda est.

l. 10. 11. 12. ff. de V. S. Ex quarum legum collatione apparet, eum qui litem contestatus est in populari actione, creditorem esse. Si creditor est, utique ea pœna applicabitur. *l. 7. l. 9. ff. de Jurisdict. omn. Jud. l. fin. ff. de litig. l. sīv. plures. §. hac a. actio. ff. de his qui dejecer.* Num per litis contestationem popularis actio nova est, & quæ ante totius erat populi, nunc ad privatum hunc actorem solum per novam contractus formam in lite initam translata est. *l. aliam. ff. de nov. l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul. Gœdd.*

ad l. 12. n. 15. ff. de V. S. Verùm dices, actione jus nostrum persequi in *Inst. h. t.* Sed popularis actio suum jus populo tuetur. *l. 1. ff de popular. act.* Responsum isti argumento est *supr. in th. 1.* Unde & ea huic loco applicanda. Nec proficies, si dixeris, eum qui popularem actionem habet, non censeri locupletiorem esse, *ex l. 7. ff. de popul. act.* quia hoc de eo dictum est, qui litem nondum contestatus est, qui ideò ante id tempus non intelligitur esse locupletior, non quia non possit esse revera: sed propterea, quia pendet ex eventu, an lis contestetur postea, an non contestetur. *Donell. ad pr. h. t n. 14.* Objicitur etiam *l. 3. vers. in publico dari. ff. de termin. mot.* Omissis aliorum dictis mea sic stat ratio; Verba enim *in publico dari*, hunc habere sensum, quasi actio popularis in publicum proponatur, ut quivis eam, qui volet, intentare possit, quod & sequentia verba ostendunt: *Et ejus actionem petitionemq́, qui volet, esse jubet.* Malè itidem à quibusdam huc adfertur *l. 3. §. Divus ff. de sepulch. violat.* quia loquitur de criminali judicio ex *D. Hadriani* rescripto instituto, ut ex initio. *d. l. 3.* facilè cuivis apparebit. Rectius adfertur *l. 25. §. ex hoc edicto. ff. ad SCtum, Syllan.* Sed rectè itidem ex ea colliges, cum id in SCto Syllaniano specialiter cautum sit, regulam in contrarium esse; alioquin speciali isto SCto opus non fuisset.

X.

Actiones aliæ sunt bonæfidei, *aliæ* stricti juris.

§. actionum. Inst. h. t. Opponitur primò, quod de toto dicitur, idem & de qualibet ejus parte meritò dicendum est. *l. quæ de tota. ff. de Rei vind. l. 7. §. adeò autem. 6. vers. si igitur in tot. ff. de pact.* At totum jus definitur ars æqui & boni. *l. 1 ff. de Just. & Jur.* E. & de singulis ejus partibus id meritò dicitur. R. nos non negare, quin in omnibus partibus bona fides spectanda sit. Sed non eodem modo in contractibus stricti juris, quo in contractibus bonæfidei, ut eleganter indicat *§ final. Inst. de oblig. ex consens.* In stricti juris etsi spectatur bona fides, non tamen etiam quid præstatur, de quo non convenit, ut maximè ex bona fide sit id præstari, quod solum proprium est judiciorum bonæfidei *d. §. ult. l. quia tantundem. 7. ff. de negot gest.* Exempli gratia, in utrisq; exigitur, ut debita

sine

sine mora reddantur: Hoc verò in bonæfidei contractibus exigitur maximè, & ideò in hisce ex mora veniunt usuræ; in illis non item. *vide disp.13.in παρεργ.* Et ex hisce non obstare quoque intelligitur *l. bonam fidem. 4. ff. de O. & A.* in qua dicitur, omnibus contractibus bonam fidem adesse debere; Nam hoc eo, quo diximus modo, exaudiendum est. Opponi solet & *l. placuit. C. de jud.* qua cavetur, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æqualitatisque rationem, quàm stricti juris. Si in omnibus rebus, etiam in actionibus; Quod si in actionibus, stricti juris ratio non habetur, non possunt dici actiones esse ejus juris, quod in illis non servatur. Sed rectè dicitur in *d. l. placuit.* strictum jus accipi pro summo jure, & sensus est, illud non esse sequendum, quod verbis tantum innititur contra sententiam & rationem legis, & quidem hoc sensu concedendum est, nullas esse actiones stricti juris, id est, nullas tales, in quibus stricti juris istius potius, quàm æquitatis ratio habeatur.

XI.

An verò arbitrariæ actiones sub prioribus contineantur; vel potius tertiam & ab iis diversam constituat speciē? posterius verius est.

§. præterea. Inst. h. t. & expreßè confirmat *l. 3. §. 1. ff. de usur.* in his (*inquit*) judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda. Sunt ergò primum duo hęc genera actionum citra controversiam distincta, arbitrariæ, & quæ sunt bonæfidei, neq; hoc quicquam interpretum unquam negavit, sed ad actiones stricti juris communiter retulerunt, præter & contra mentem JCti *in d. l. 3.* qui noluit tertium quoddam, & ab hisce duobus sejunctum actionis extare, quod JCtus ita scribit, ut dicat id esse judiciū, quod nec arbitrarium, nec bonæfidei sit; id autem aliud intelligi non potest, quàm stricti juris. Et plurimum hæc sententia confirmatur ex *l. in actionib. ff. de in lit. jurand.* & ibidem latius demonstravit *Duar. n. 76. Corras. 4. miscell. 12. Menoch. 1. arbitr. 3.* Opponi solet *d. § actionum. h. t.* ubi actiones aliæ dicuntur bonæfidei, aliæ stricti juris, & nulla fit mentio arbitrariarum, relinquitur ergò sub antiqua harum eas

contineri. R. ex *l. incivile ff. de legib.* illud incivile esse una aliqua tituli particula inspecta de toto judicare, & procederet ipsorum argumentatio, si non in mox sequenti §. *præterea. h. t.* eas adjiceret Imp. cum ait: Præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus. Præterea (*inquit noster Donell*) i. e. præter superiores, ut intelligeremus arbitrarias alias esse, à prioribus.

XII.

Quid differunt inter se actio arbitraria, bonæfidei, & stricti juris?

Harum actionum definitiones desumi possunt ex §. *in bonæfidei h. t. l. quicquid adstringenda. ff. de V. O.* §. *præterea h. t.* ex quo colligitur, arbitrariam actionem dici, in qua uti actori satis fieri debeat, non ex sola actionis natura pendet, sed ex judicis arbitrio: nec tamen libero, quale est in bonæfidei actionibus sed potius sub quadam conditione, nisi is, cum quo agitur, ad jussum & judicis interlocutionem actori satisfaciat; Exempli gratia, actio de dolo arbitraria est, quam *Cic de nat Deor.* everriculum omnium malitiarum appellat, & adversus eum datur, qui per dolum ab altero rem consecutus est. Hic si judex jubet rem restitui dolum passo, si jussui pareatur, absolutio sequitur; si non pareatur, sequitur condemnatio, quanti ea res erit, *l. 18. ff de dol.* Adde *Donell ad §. præterea. n. 3. Inst. h. t.* Bonæ verò fidei actio dicitur, in qua judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri debeat. *d. §. in bonæfidei. h. t.* Stricti juris, in quibus judex eam potestatem non habet. *d l. quicquid.* sed judicabit juxta ea, quæ nominatim in contractum deducta sunt. *l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus ff. de V. O. Corras. 4. misc. 12. Menoch. 1. arbitr. 3. Duar. d. loc. Baro ad §. præterea. h. t. ibid. Borch.* Nec quenquam moveat, quod in actione de eo quod certo loco definitivam arbitrium non præcedat, juxta notata *Menochii 1. arbit. 5. n. 5.* non tamen definit sui natura esse arbitraria, cum ex accidenti & necessitate quadam hoc contingat. *l. 18. §. 1. ff. de dol.*

XIII.

An in §. actionum. Inst. h. t. *omnes bonæfidei actiones enumerentur? Affirm.*

Per

Per d. §. *actionum*. in verbis; *bonæfidei sunt hæ. h.t.* quod non amplificando sed definiendo Imperatorem facere, ex more ipsi usitato videre licet, qui cum vult rem non definire, sed exemplis indicare, uti solet particula enumerationi exemplorum deserviente, maximè in hoc titulo, ut veluti, §. *sed iste.* §. *in personam.* §. *rei persequendæ.* § *præterea h t.* Addunt & hoc præterea nonnulli, solam legem facere actiones bonæ fidei. *l. fin. C. de hered. petit.* §. *fuerat Inst. h.t.* Ideoque nostrum non erit, legum autoritate destitutis alias excogitare. *Novell. 18. c. 5.* Quinimò propositum erat Imperatori in *d. § actionum h. t.* docere, quæ sint actiones bonæfidei: Illud autem duobus tantum modis fieri potest, nimirum aut definitione, aut sufficienti actionum enumeratione. Atqui nulla definitione id tradidit; Consequenter ergò omnium actionum enumeratione id effectum esse dicemus, aliàs nec instituto & proposito satisfecisse dicendus erit Imperator, quod idem probat ultima species hereditatis petitio, cum Imperat. adjunxit particulam Et. At notum est; & usus loquendi probat, cum hæc conjunctio ultimę speciei additur, omnes enumeratas esse intelligi. Juvatur & sententia hæc, quod olim omnia judicia fuerint stricta. *Cic. 3. offic.* Correctiones autem strictè sunt accipiendæ. Denique nihil anxia & scrupulosa sua inquisitione effecit Imperator, si adhuc alias excogitare licitum erit. Nihil item istarum actionum adjectione effectum erit, de quibus olim dubitatum fuit, ut sunt hæreditatis petitio (*vide disp. 16. q. 6. in fin.*) actio ex stipulatu, de dote, si alias admiseris. Objiciet aliquis, emphyteusin hoc in numero non esse, quam tamen bonæfidei esse probavit *disp. 14. q. 13.* Sed eadem suggessit, non tàm quid verbis, quàm quid sententia legis exprimitur, attendendum esse. *l. 6. §. 1. ff. de V. S.* Verbis non continetur emphyteusis; At sententia utique, & plenius docuit noster *Donell. ad §. actionum. num. 39. h. tit.* 2. Opponitur, quod actio præscriptis verbis de precario, quæ ex bona fide oritur *l. 2. §. penult. ff. de precar.* inter actiones bonæfidei relata non sit. *d. §. actionum.* Sed rectè dixeris aliud esse ex bona fide oriri actionem, aliud bonæfidei esse. Ex bona fide actio prescriptis verbis oritur. Nam æquum est in factum dari actionem, ubi vulgaris vel civilis non competit. *l. 1. & 2. ff. de præscript. verb.* sed propterea illa bonæfidei non est. Eadem ratione ex æquo & bo-

bono introducta dicuntur condictio indebiti. *l. 66. ff. de Condict. indeb.* actio funeraria. *l. si quis. 14. §. hac actio. 6. ff. de relig. & sumpt. fun.* & actio injuriarum. *l. non solum. 11. §. 1. de injur.* non quod in his actionibus alterum alteri ex bono & æquo præstare oporteat, sed quod postulante æquitate sint inventæ & introductæ.

XIV.

Sed cur actiones in d. §. actionum. h. t. *enumeratæ magis dicuntur bonæfidei, quàm cætera?*

Respondet *Wesemb. ibid. n. 2.* quia lex sic voluit. Sed quæram ego, cur lex voluerit? Respondet *Gœdd. tract. de contrah. stipul. c. 8. n. 19.* ideò lex voluit, quia vidit horum negotiorum substantiam habere fidem congenitam, & ut *Ulp.* loquitur, inesse his bonam fidem, & doli præstationem ab ipsa natura; Quæ responsio scrupulum non eximit; & cur inest his magis bona fides, quàm cæteris? Nescio an rectè dixerimus, ideò ipsis hoc præ aliis tributum, quia contractus, ex quibus ipsæ oriuntur magis necessarii sunt, quàm stricti juris. *arg. l. 1. ff. de contrah. empt.* Ideò & providendum fuit, ut in illis ex bonafide omnia etiam citra expressam conventionem magis, quàm in hisce non æquè necessariis peragantur, imò hæc ratio (ni me fallam) vera est, & innuitur ex *3. offic. Cic.* dum his vitæ societatem constare dicit.

XV.

Quæritur, an differentia bonæfidei *&* stricti juris *actionum sit sublata per jus Canonicum?*

c. cum Ecclesia. de caus. poss. & propriet. & additur à *Gœdd. de tr. c. 8. n. 24.* Neque potuit, quippe hæc differentia non est nuda à naturali ratione, neque accidens separabile, vel adhærens, sed inhærens & essentiale. Ex quo respondetur ad argumentum contrarium, Jus *(inquiunt)* Canonicum naturam imitatur. Naturale autem Jus nullam statuit differentiam inter contractus empti, venditi, stipulationis, vel mutui. Sed omnis illa bonæfidei & stri-

ſtricti juris contractuum differentia à jure civili prodita eſt. Et pro confirmatione quæſtionis illud notandum: *quod juris civilis correctio per jus canonicum inducenda non ſit, niſi expreſſè probetur.* At nullum in propoſito capitulum extat, per quod ea confirmetur. Ergò.

EXERCITATIO
DECIMA NONA.
RESPONDENTE
HENRICO MURHARDO
Spangenbergenſi Haſſo.

Thesis I.

NUm actionis nomine generali etjam comprehendatur exceptio? Affirm.

l. 1. ff. de except. unde & reus partibus actoris fungi dicitur, & exceptionem ſuam, velut intentionem implere debere *l. 19. ff. de probat.* Sic in edicto Prætoris de dolo malo actionis verbo etjam exceptio continetur. *l. 1. §. ait Prætor. ff. de dol. Opponitur l. verbum oportebit. ff. de V. S.* Actionis verbo (*inquit JCtus*) non continetur exceptio. Sed dicendum eſt, eo in loco *JCtum* agere de actione ſpecialiter ita dicta, cui exceptio opponitur. *l. 2. ff. de except.* quod ipſum inſcriptio indicat, & faciunt dicta *Gædd. ibid. n. 1.* eodem modo diſſolvitur illud, quod dicunt Actionem differre, quemadmodum habitus differt à privatione. *d. l. 2. ff. de except.*

II.

Exceptiones juris naturæ ſunt.

Com-

Comparatæ sunt exceptiones (*inquit Imper. h. t.*) defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. E. juris naturæ sunt, quia omnis defensio à jure naturali introducta est. *l. 3. ff. de Just. & Jur.* Unde & doli exceptio ex æquitate contra ἀκρίβειαν juris & summam rationem introducta dicitur *l. 1. §. 1. ff. de dol. except.* Excipiuntur eæ exceptiones, quæ habent materiam à Jure civili, ut exceptio non numeratæ pecuniæ, SCti Macedoniani, Vellejani, præscriptionis, rei judicatæ, & similes. *§. 1. Inst. de lit. Oblig. tot. tit. de SCto Vellej. & Macedon.*

III.

Non itaq; per statutū in totum tolli possunt.

1. Quia Jus civile naturalem defensionem tollere non potest. *§. sed naturalia Inst. de jur. nat. gent. & civil.* 2. Quia Jus tertio quæsitum à Principe tolli nequit. E. nec per statutum. *Ar. Pinell. in par. 1. rubr. n. 21. C. de rescind. vend.* 3. Quia nec expressè defensio tolli potest. E. non tacitè. *Gail. 2. de pac. publ. 12. n. 21.* Quod maximè in exceptionibus innocentiæ, nullitatis, & quæ in æquitate naturali subsistunt, obtinet. *Mynsing. 5. obs. 13. n. 5.* Nam exceptiones parvi momenti, non respicientes merita causæ: ut procuratoriæ militis vel fœminæ, vel feriarum tolli haud dubiè statuto poterunt. *arg. l. si fidejussor 29. §. quadam. ff. mandat.* Ut enim illę civili ratione receptæ sunt, ita per contrarium Jus civile consumuntur. *d. §. sed naturalia. Inst. de I. N. G. & Civil.* & summatim sic volumus, statuentium ac legislatorum imperium ad perficiendum, non ad nocendum dirigendum esse: Noceret autem; si exceptio naturalis & merita causæ respiciens per statutum excluderetur. Quocirca si statuto exceptiones prohibeantur, ex mente statuentium accipimus: ut de minus necessariis exaudiatur. Faciunt dicta *Gail. d. loco n. 20.*

IV.

Definitio exceptionis in l. 2. h. t. *proposita, etiam dilatoriæ competit.*

Exceptio (*inquit Ulp.*) *est quasi quadam exclusio*: Hæc definitio (*inquit Wesenbec. in m. h. t. n. 2.*) competit peremptoriis tan-

tantum, non etiam dilatoriis, qui non excludunt seu interficiunt actiones, sed differunt & vulnerant tantum *l.3 ff. de except. §. temporales. h.t.* Undè nec propriè has exceptiones esse voluit post *Jason. Cæsar. Contard. in l. diffamari. c. 6. n. 7. C. de ingen. & manum.* Sed non puto id menti *JCti* consentaneum. Quocirca ad defensionem definitionis *Ulpianæ* mea sic stat ratio, exceptionem esse quandam actionis exclusionem: exclusio illa aliàs est perpetua, aliàs temporalis: Hæc in dilatoriis; Illa in peremptoriis est. Undè *d.l. 2, quæ interponi actioni*, ait, *cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemvè deductum est.* Quod in dilatoriis fieri nemo negabit: Exemplo sit exceptio pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. Nam si intra prædictum tempus egeris exceptione pacti repelleris. Atque ita in intentionem deduxisti, excluditur juxta *d.l. 2.*

V.

Exceptiones aliæ sunt peremptoriæ, *aliæ* dilatoriæ.

l.3. h.t. §. appellantur. Inst. h.t. Quæ est præcipua divisio à fine & effectu desumpta, ut loquitur *Zang. p.1. c. 3. n.17 de except.* Addunt communiter Doctores anomalam, aut mixtam, & quasi peremptoriam; Quæ additio, si excipiendi regulas observare velimus, supervacua est, nec sustineri potest, quia si exceptionem aut dilatoriam, aut peremptoriam, aut anomalam, aut mixtam aut quasi peremptoriam esse dicas, omninò fateri te oportet quod sicut exceptio peremptoria non est dilatoria, & ita anomala, & sicut dilatoria non est peremptoria, ita & mixta, & quasi peremptoria: At constat anomalam verè dilatoriam esse. *c. exceptionem. de except.* cui & quasi peremptoriam adscribimus. *Gregor. Lopez. animad. 28.*

VI.

Dilatoriæ *ante litem contestatam proponendæ sunt*; peremptoriæ *non ante*, *sed demum post litem contestatam opponendæ veniunt.*

 k

l. ita demum C de procurat. l. exceptionem C. *de probat. l. 4. & 8. C. de except. l. 2. C. sentent. resc. non poss.* Ratio diversitatis hæc est; quia illæ recipiunt ea, quæ judicium potissimum constituunt; cum quæritur, an justæ & legitimæ sint personæ litigatorum; an Judicis; an locus judicii tempusvè legitimum. Ideoque planè necesse est, ante exordium aut in exordio judicii eas opponi excuti, disceptari, quia jam constituto judicio, præposterè agitur de eo constituendo, sed de jam constituto hæ definiendo, quia rem ipsam feriunt, qua de agitur, & reum relevant, ideò quandiu judicium durat, quandoque opponi possunt, *Cujac. 18 obs. 34.* Opp. *l. licet. C. de procurat.* in qua statuitur, exceptionem falsi procuratoris etiam post sententiam opponi posse; quam tamen dilatoriam esse constat. *d. l. ita demum.* R. hoc tum demum permitti, si scientia falsi procuratoris sententiam supervenit *Broncborst. 2. ἐνανιοφ. 89. 2* Opp. *l. 1. C. de jur. & fact. ig.* Sed nihil officit, quoniam de militibus loquitur quibus cum hoc jure speciali, ut post sententiam exceptiones peremptorias opponere permissum sit, aliis ademptum meritò videri debet. De cæteris *objectionibus* vide *Broncborst. de assert. 79.*

VII.

Exceptio in id, quatenus facere potest, sitne dilatoria vel peremptoria? quæritur. Prius approbo.

Quia actionem institutam prorsus non perimit, ut peremptoria, *§. perpetua Instit. h. t.* sed tandiu creditori nocet, & solutionem debiti differt, quandiu debitor facere non potest *l. unic. §. 7. C. de Rei uxor act. Zang. tract de except. p. 2. c. 14. n. 2.* Hæc exceptio competit certis quibusdam personis, & illam recipit interpretationem, ne solidi exactio fiat, sed usque tantùm, quo reus non egeat. *l. in condemnatione ff. de Reg. jur.* qua in re & ipsius personæ & familiæ rationem habere oportet, *Aretin consil. 17. Zas. in l. miles. ff. de re judic. Alciat. in l. nepos. ff. de V. S.* Parenti competit. *l. inter eos. ff. de re judic.* & parentis nomine hîc omnes accipiuntur. *juxta l. 4. ff. de in jus voc.* Datur socero. *l. 15. §. ult. l. 16 ff. solut. matr. l. sicut. in pr. ff. de Re iud. l. penult. vers. cæterum. ff. de iur. dot.* Datur & patronis, eorumque liberis, *l. patronus. ff. de*

dere jud. Quod idem *ad Praeceptores* hodiè nostri trahunt; & *in particulari*, non etiam universitatis Professore ex *Alciat. in l. 1. C. de in jus vocand.* amittendum est. Atque his quod ob reverentiam tantum ipsis debitam dari privilegium, dubium non est. *Marito* & propter reventiam datur. *l. 14. ff. solut. matr.* & puto etiam propter arctissimam conjunctionem: alioqui uxori adversus maritum non daretur, quando uxori eam reverentiam vir non debet. Datur & *socio omnium bonorum*: In ua enim societate elucet species quædam farternitatis *l. 63. ff. pro soc. Jul. Pac. 4. εναντ. 100.* Sic is ex causa donationis convenitur in quantum facere potest, condemnatur. *l. Divus. de R. J.* & is quidem solus ære alieno deducto. *l. inter eos 19. de Re judic.* Pinguius namque donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur. *l. 49. & seq. ff. eod.* Competit & hoc benificium militi. *l. 6. & 18. ff. de re judic. Ubi Jason. n. 9. & seqq. post Dd.* hoc ad milites legalis militiæ, puta Advocatos; & milites cœlestis militiæ, Clericos nempè extendit. *c. olim vobis.* ubi *Panor. n. 8. de restit. spoliat.* Sic & eum, qui bonis cessit, ob misericordiam hoc beneficio gaudere, *Ulp.* scribit. *L. 4. de cession. bonor. Covar. 2. resolut. 1. n. 5.* Exheredatus denique & is qui se paterna hæreditate abstinuit, eodem privilegio utuntur. *l. 49. de Re judic. l. 4. §. interdum. ff. quod cum eo, quod in alien, potest. Zang. de cap. 4.*

VIII.

Peremptoriis annumerantur exceptiones SCti Macedoniani, & Vellejani *: de utraq; disquiritur, an illi filius ; (a) huic mulier (b) renunciare possint?*

(a) Nego. *l. Tamen si 13. ff. ad SCtm. Maced.* Nec enim renunciatio unius alteri nocere debet; at si dixerimus, filio renunciandi potestatem esse, nocebit ea patri. *l. sed etsi. §. non solum. ff. eod.* Deinde constat, privatorum pactis juri publico derogari non posse *l. jus publicum. ff. de pact.* Verùm SCtm in publicã utilitatem introductum est, ne videlicet filiifam. corrumpartur. *l. 1. ff. eod.* ęreq; alieno obruti in quodvis flagitium, ac mortis etiam pa-

tertiæ cogitationem impellantur, quo hæreditatem ipsi egentes creditoribus concedere possent. §. *penult. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.* E. Denique fraus SCto omninò fieri non debet. *l. 3. §. penult. ff. d. tit.* Sed per hanc renunciationem ea committeretur, & SCtum eluderetur, adeoq; una via prohibitum altera concederetur. *c. cum quid una de R. J. in 6.* & hæc communis est nostrorum sententia, ut testatur Covarr. *in c. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 3. n. 6. vers. ego verò.* Petr. Mozz. *de contr. tit de mutuo. rub. quomod. mutuum. deficiat. n. 19.* Contrariam tamen sententiam amplexus est *Zas. 2. respons. 18.* Movetur, quod filius fam. ex omnibus contractibus obligetur. *l. 38 ff. de O. & A. l. 57. ff. de judic. l. 58. §. 2. ff. pro soc.* E. etiam ex mutuo obligabitur, si Macedoniano renunciaverit. R. propositionem regulariter veram esse, ab ea tamè excipi mutuum, adversus cujus actionem se perpetuà exceptione tueri potest. *l. 44. de condict. indeb.* Cur solum mutuum exceptum sit quærit post *Dd. Gomes. de contr. c. 6. n. 2.* respondit id factum esse propter ejus frequentiam. Quam improbat *Abbas in c. quia verò plerique de immun. Eccles.* Sed defendit *Petr. Mozz. d. loc. n. 14.* & non obscurè innuit *l. 1. ff. h. t.* Opponitur. Odia restringenda sunt *c. odia de R. J. in 6.* Odiosa autem est hæc exceptio SCti Macedoniani. *l. 1. h. t.* Restringi ergò debet; Et per consequens ei renunciari potest. R. ad minorem, odiosam esse respectu fœneratorum, non etiam filiorumfam. & ipsorum patrumfam. quorum interest vel maximè hanc renunciationem non admittere. *d. l. 1.* Sed instat *Zas.* Favori pro se introducto quilibet renunciare potest. *l. penult. C. de pact.* Ex dictis autem patet, *SCtm.* in filiorumfam. favorem introductum esse. E. R. Esse quidem in ipsorum favorem introductum, sed non tantum, verum & ipsorum patrum, quibus hac sua renunciatione præjudicare nequeunt. Denique movetur *Zas.* quod mulier Vellejano renunciare possit, cur non igitur & filiusfam. Macedoniano? *de qua objectione videbis in litt. B.*

(*b*) Communis est conclusio (*inquit Gail. 2. obs. 77.*) mulierem posse SCto Vellejano renunciare; Contra quam statuo, & quidem primo constat, arctius esse vinculum inter maritum & uxorem, quàm extraneos. *l. 1. de rit. nupt.* Sed uxor pro marito, ut maximè consentiens, non potest intercedere. *in pr. Inst. quib. alien. lic. auth. si qua mulier. C. ad SCtm. Vellej.* E. multo minus inter-

tercedit pro extraneo. 2. Muliebris fragilitas non debet in perniciem earum substantiæ converti. *d. pr. Inst. quib. alien. licet.* At per intercessionem id fit. E. nî dixeris hanc fragilitatem non esse, sed potiùs pervicaciam mulierum, dum monitæ nihilominus renunciant. Sed nihil dixeris, quoniam ne quidem consentientibus mulieribus permissa erit intercessio, ut disertè in *d. pr. Instit.* dicitur: nî & hîc regesseris, eo in loco agi de obligatione rerum, non etiam intercessione personali. Sed quid quæso, anne & illa intercessio postmodum non solvendo existente eo, pro quo intercessit mulier; ad rerum suarum diminutionem procedet? Ideoq; effectu intercessio hæc cum obligatione rerum planè eadem est. 3. Quæcunque pactio, vel remissio juris contra leges est illa nullius momenti est *l. 7. §. ait Prætor. ff. de pact. l. pacta quæ contra D. eod. l. non dubium C. de legib.* Renunciatio autem ista mulieris est cōtra SCtum Vellejanum. Proinde jure inutilis; Minor probatur; siquidem omnis intercessio SCto improbata est *l. 14. in fin. ff. ad Velle. an.* At renūciatio hæc intercessio est, & maximè intercessio: Intercedere enim est, pro alio se obligare, Mulier autem renuncians SCto, hac renunciatione magis se obligat, quare maximè SCto, improbatur, quod nihil aliud est, quam esse contra SCtm. *l. contra. ff. de legib.* Quod si cui placet hanc renunciationem rectā intercessionem non esse, eoque nec verbis SCti contineri at certè apertè adhibetur in fraudem SCti. Hac enim renunciatione id saltem agitur, ut mulier magis & efficacius obligetur: id quod Senatus noluit. Scimus autem id dici in fraudem legis, quod lex fieri noluit, etsi verbis apertè non vetuit. *d. l. contra l. fraus. cum seq ff. de legib.* & quid multis specialis renunciatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit *l. ult. Auth. matri & aviæ. C. quand. mulier. tutel. off. Novell. 118. c. 5.* Item si mulier pro eo, pro quo intercessit, judicium accipere parata sit, eâ lege, ut in veterem debitorem actio non detur. *l. ult. §. penult. ff de Vellejan.* Item si renunciatio post elapsum biennium facta sit. *l. si mulier. 22. ff. eod.* E. in aliis casibus illa non permittitur, alioquin frustra in iis locis id specialiter concessum fuisset. Ad quid enim speciali concessione, si jus commune te actum expedire concedat: Contrarium tuetur recitator sententiarum. Fach. 2 *controvers. 59. cum plurimis citatis* movetur *d. l. ult.* §.

§.penult.h.t. Item l.ult. C.quand.mul.tutel.offic. Sed quia iis in legibus renunciatio specialiter permittitur, aliis in casibus denegata, (ut diximus) censebitur; Alterum ejus argumentum est. 1. ex l.pen.ult.C.de pact. Unicuiq; licere his, quæ pro se introducta sunt, renunciare. Sed nihil proficit, licebit enim ita demùm iis renunciare, si non renunciatio ista contra leges & SCta sit. d.l.7.§.ait Prætor.ff.de pact.l.pacta quæ contra C.eod.

SEQUUNTUR INTERDICTA.

IX.

Interdictum ab eo dicitur, quod inter duos dicatur.

§.sunt tamen Inst.h.t. Quod displicet Briss.in lexic. verbo: interdicere. Wesenb.in π.h.t.n.3. & rectum dictum volunt ab interdicendo. Quibus adversatur, quod non semper interdictis interdicatur. Alciat.3. παρεργ. 15. & dici potest Justinian. non voluisse tradere ἔτυμον interdicti, sed potius conatum esse allusione quadam nos in cognationem interdictorum summatim perducere, ut voluit Mynsing.ad §.sunt tamen.

X.

Quæritur, quid interdictum distet ab actione?

Respondet Cujac.5.observat.17. Interdicti & actionis ordinem, solennitatem, executionem, formulam diversam esse, effectu m eundem. Adde Donell.ad rubr.C.de interd.n.4. & 7.

XI.

Interdictum ab edicto differre omnes sciunt, inquit Menoch. *Sed qua ratione, non æque omnes norunt.*

Brevibus explicat Duar.1.disput.19. Edicta (inquit) generalia erant, non sicut interdicta personalia l.1.ff.h.t. Quod pluribus verbis explicavit Donell.d.loc.n.8.9. Addit Cujac.d.loco; aliud ut actiones (ait) edicto promittuntur, sic & interdicta. E. sicut actiones edicta non sunt, sic nec interdicta.

XII.Di-

XII.

Divisio interdictorum à fine ducta hæc est, quod quædam adipiscendæ *possessionis comparata sunt, quædam* retinendæ, *quædam* recuperandæ. §. sequens. Inst. h. t.

XIII.

An remedia possessoria sequestri competant? dubium est. Nego.

Pone enim (*inquit Clud. c. 12. n. 25. de sequestr.*) rem litigiosam ad custodiendum traditam sequestri esse ablatam; quæstionis est, num sequester remedia possessoria intentare, iisque rem repetere possit: & negamus: Constat enim hæc remedia iis non competere, qui possessionem nõ habet. At sequester possessioné sequestri nunquam habuit. *l. interesse puto 39. ff. de adquir. vel amitt. poss* Et si de eo disceptent nostri, certum tamé id est: Sequestrum enim est species depositi. At nullum est depositum, quod propria ac genuina virtute, sine partium expressa conventione in depositarium possessor transferat. E. nec sequestrum. Hinc in *l. 6. ff depos.* custodiendũ reddendumq; tradi, nõ possidendum; Aliud autem est custodire, aliud possidere. *l. 3. §. final. ff. de acq. vel amitt. poss. l. 5. in pr. ff. ut in possess. legat. vel fideicommiss.* Nec hanc sententiam infringit *l. licet ff. deposit.* Nam verba illa, *nisi apud sequestrem deposita est*: Pro possessionis dimissione exaudienda sunt, ut docet *Duar. ad tit. C. depòsit. c. 1. in fin.* & hoc casu ei remedia possessoria dari non dubitamus: Superiori non item. E. inquies nullum supererit sequestri remedium? utique quod extat in *c. redintegranda. 3. q. 1.* & nudo detentatori conceditur, pro sola detentatione. *Anton. Gabriel. de restit. spoliator. conclus. 5. n. 7. in fin.*

XIV.

Num uti possidetis *interdictum dejecto competat?*

Affirmat *Wesenb. in π. uti possidetis. n. 5. post Menoch. de retinend.*

nend.possess n.35. & communiter *Dd.* quia civilem possessionem retinet, Negat *Donell, ad l. un. n.12. C. uti possid.* Cujus sententia verior est; quia interdictum *uti possidetis* possessorem tuetur, & vim fieri vetat, atque ideò semper & ubique prohibitorium; nunquam verò restitutorium interdictum appellatur. *l. 1. ff. uti possid.* Sed qui dejectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *l. naturaliter. ff. de usucap.* Nam quod *supradicti* contendunt, eum civili possessione privatum non esse, non rectè adstruunt. Cur enim quæso adfectum possidere volentibus ad possessionem retinendam nihil facere à JCto responsum est. *l. arbor. §. de illo. ff de Usufr.* Cur is qui in prædio vinctus detinetur, animo possessionem retinere, negatur: *l. 2. §. pen. ff. de vi & vi armat.* Atq; hinc ni fallor, fit quod JCtus *l. 3. §. qui si. ff. de acquir. poss.* amissionem possessionis, quæ per dejectionem contingit ei, quam quis libera voluntate dimittit, comparet, neq; id in aliis juris nostri partibus infrequens & novum est, ut coacta voluntas utiq, pro voluntate sit *l. 21. §. 5. ff. Quod met. causa.* & licet dejectus maximam aliquam alicujus possessionis retentionem animo sibi fingat, revera tamen possessionem sibi ereptam, atq; adeò ex animo ipso evulsam esse intelligit, cum coactus sua voluntate, *ut Comicus loquitur*, possessione decesserit; quod & ex eo ostenditur, quod interdictum *uti possidetis*, dejicienti adversus quoslibet turbare volentes competat. *l. fin. ff. de adqnit. poss. l. 1. & 2. ff. uti possid.*

XV.

Non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cepit rem vindicare. L. 12. §. 1. de adquir. vel amitt. poss.

Quem textum columnarii Dd. onerarunt multis commentariis; Nos libenter ea iis relinquimus. Sufficit hîc cum subtilissimo *Govean. 1. lection variar. 3.* rationem dubitandi inquisivisse. Titius turbatus possessione ignatus juris & fori; Rei vindicationem instituit, quæ ei ut possessori minimè conveniens erat: Resipuit tandem, & interdictum *uti possidetis* à Prætore postulavit. Dubitatio oritur, sit nè æquissimi Prætoris auxilio juvadus: Movebat, quod juris sit non ignoti, eum qui semel actionem instituit,

tuit, debere usque ad finem litis in ea perseverare. *Auth. qui semel. C. quomod. & quand. jud.* quod in proposito tantò magis dicendum videbatur, quia vindicando rem videtur possessioni renunciasse: Vindicans enim fatetur adversarium possessorem esse, *l. officium l. 23. de rei vindicat.* Sed ut prius resolvitur, nisi justa subiit erroris causa, cur actionem mutare possit: Ita posterius refellit ipse *Ulpian.* nihil *(inquit)* commune habet proprietas cum possessione; nam rei vindicationem pro proprietate instituit. Interdictum uti possidetis ad possessionem conservandam pertinet: Vindicationem instituit, non ut renunciaret possessioni, sed eam avocaret: quod hisce verbis significat. *7 C. non enim. (ait) videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicat:* Ut in simili, si egero de ingenuitate, dicens me esse ingenuum, non videor renunciasse libertinitati, *l. penult. C. de inq. manum.* Quanquam hæc duo videantur esse opposita, ingenuitas & libertinitas: & si egero familiæ erciscundæ, quo genere confiteri videor te cohæredem esse, non videor renunciasse petitioni hæreditatis, qua tenetur, qui cohæres non est, *l. qui familias. 37. ff. famil. ercisc. (Sup. disp. 8. Thes. 13.) Adde Cujac. 7. obs 38.*

XVI.

Si colonus possessione decesserit, non interpellatur possessio domini.

Ita statuit Proculus *in l. cum quis. 31. ff. de dol. mal.* quem sequitur Paul. *in l. 3. §. 8 ff. de aquir. vel amitt. poss* Cujus contrarium ex *Sabini* sententia proponit Pompon. *in l si colonus. 31. ff. de acquir. poss.* Sed prior sententia placuit Justiniano *in l. ult. C. de acquir. poss.* Quid igitur? anne sic contra votum & voluntatem *Justinian.* in jure pugnantiam legum admittimus? minimè: *per tradita disp. 1. q. 2.*

XVII.

Unius rei duo in solidum possessores esse nequeunt.

Negat *d. l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. vel amit. possess.* ratione

hac addita: ut unum corpus in duobus locis, & duo corpora in uno loco esse non possunt: Corpora se occupare & simul esse natura non permittit: Sic demensio suum locum occupat, & obstaculo est, ne quævis alia dimensio, & quodvis aliud corpus pariter unaquè eundem locum occupare ac replere possit: Ita & possessio penes duos esse nequit, notat ad *dict.* §. *Gothofred.* Quin si duos in solidum, hoc est, totam rem possidere dixeris, id aut verè aut fictè fiet: non illud, quia non potes tu eo in loco stare, in quo ego sto. Ergò nec hoc, quia imitatur naturam, nec eam corrumpit, sed sequitur. § *minorem. Inst. de adopt.* 3. Possessio est rei vacuæ detentio. *l. 3. de act. empt.* Vacua autem ea possessio dici nequit, quæ nunc ab altero tenetur. 4. Qui possidet, animo domini rem detinet: Ut autem dominium, sic nec ejus animus penes duos esse poterit. *l. si ut certo. 5. §. si duob. 15. ff. commodat*, quod intelligo, sive duo civiliter, sive naturaliter possideant, itidem sive unus civiliter, alter naturaliter possideat, cum quia animo domini omnes possident, qui non potest esse penes duos in solidum *d. l. 5. §. 15. ff commodat.* tùm quia id satis evidenter *ex d. l. 2. §. contrario l duo. ff. de precar.* colligitur. Non his obstat. *l. & habet. §. eum qui. ff. de pecar.* quæ vult, & eum qui precario rogavit, & eum qui dedit, possidere; Quia *ut Cujac. 9. obs. 32 vult* factiones ea Sabinianorum & Proculianorum alit, quod nullo jure comprobat. At quin eo, quo ad suæ sententiæ defensionem utitur, refellitur, nimirum. *l. 3. §. ex contrario.* 5. Quæ Sabinum existimasse refert, eum qui precario rogavit, & eum qui dedit possidere, quod nec Paulo displicet; sed in Trebatium aculeum dirigit, qui unum justè, alium injustè possidere posse opinabatur. Dicam quod mihi videtur; nec unquam credo Sabinianos & Proculianos in specie proposita, precarii scilicet dissensisse. *d. l. 3. §. ex contrario. 5. l. & habet. 15. §. eum qui. l. duo. 19 ff de precar.* sed verbum possessionis alio atque alio modo accepisse. Propriè si quæramus, an is, qui precario accepit, possideat? & is qui dedit? dicendum solum dantem possidere *l. 6. §. 2. de precar.* quia is rem habet affectu domini: Non autem is, qui precario rogavit. At *possessionis* vocabulum si strinxerimus ad detentionem, ut abusivè sæpè accipitur; in fructuario. *l. 12. in pr. in creditore. l. cum & fortis, §. ult. ff. de pignor. act. l. per servum. 27. de acquir.*

rer.

rer. dom. l. 1. §. per servum. de adqui. poss. possidere is quoque dicetur, qui precario rogavit. *l. 4. de precar.* quod probat *d. l. 15. §. eum qui. ff. de precar.* dum corpore ipsum possidere vult, h. e. rem detinere, cujus quoque intuitu interdicto *uti possidetis*, adversus omnes, præter eum, quem rogavit, uti potest, *l. 10. ff. de precar.* ut de fructuario legimus *in l. final. l. 2. ff. uti possid. 2. Opp. l. 3. ff. uti possid.* Respon. *Cujac. d. loc.* & eam Sabinianismum redolere. Quæ sententia ex inscriptione *d. l. 3.* refellitur. Est enim ea lex *Pauli*, qui ut maximè Sabinianorum partes in plurimis sectatus fuerit, in proposita tamen controversia, ipsum magis inclinare in Proculianorum sententiam ex *d. l. §. ex contrario.* lucidissimè constat; & insulse satis proponeret eam facti speciem, quam ipse neque probaret, & juri contrariam sciebat. Quocirca magis est, ut dicamus, in interdicto *uti possidetis* omnem detentionem pro possessione accipi, non quasi duo in solidum rem possint detinere. Nec enim id natura rerum patitur, sed utrumque haberi diverso respectu pro possessore; Exempli gratia, Dominus peregrè proficiscitur. Secundus absentis possessionem clàm ingreditur; Dominus revertens possessionem animo retinuit: Hic sanè uterq; possidet, & verus dominus, quia animum possidendi non deposuit; & clanculatius possessor, quia animo & corpore sibi habendi possessionem ingressus est, & quidem in solidum, h e totam hujus possessionis occasione possunt defendere, non quidem alter contra alterum. Dominus enim illo superior est, & hujus intuitu ejus detentio nulla est; sed si extraneus conveniat hunc clancularium possessorem, rectè interdicto uti potuit, *l. 2. ff. uti possidet.* Quinimò si hic secundus non detineat rem ab ipso domino, sed ab alio causam detentionis suæ habeat, neuter eorum vincetur; non quod uterque possideat: solus enim dominus verè possidet, sed quia non ab ipso domino clàm possidet, & omnem detentionem defendit Prætor interdicto *uti possidetis*, dummodo non vi aut clàm aut precariò ab adverso possideat, *l. 1. in pr. l. 2. l. 4. ff. uti possidet.* & sic mihi videtur.

3. Oppon. l. clàm. §. quia ad nundinas. ff. de acquir. poss.

EXERCITATIO VIGESIMA.

RESPONDENTE

GEORGIO Fleißnern SchlaccoWerdano Bojemo.

THESIS I.

JUdex num à bono viro bono distet? Negamus.

Multis in locis legumlatores viri boni mentionem injiciunt, quem communiter *Dd.* de Judice intelligunt, & rectè.

Vir bonus est quis?

Qui consulta patrum, qui leges, juraque servat:
Quo multæ magnæque secantur judice lites.

Hoc an de quoquam alio rectius, quam de judice dici aut intelligi potest? qui æquitatem, qui bonitatem ob oculos habere jubetur *l. quod Ephesi. §. final. ff. de eo quod cert. loc.* quique non aliter judicare, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est, præcipitur *in princ. Inst. h. t. l. rem non novam. C. de judic.* cujusque ad officium vel maximè spectare censetur litigantes componere; suaque jurisdictione compescere. *l. 13. §. æquissimum. ff. de Usufr.* cujusque item arbitrio uti viro bono legibus non decisa committuntur. *l. 1. ff. de jur. de liber. l. 1. §. expilatores. ff. de effract. l. hodiè. ff. de pœn. c. de causis de offic. deleg.* & expreßè Venulejus *in l. continuus. 137. §. cum ita ff. de V.O.* rem totam ad judicem, hoc est, virum bonum remittit. Cui consentit *Ulpian. l. 4. §. 1. ff. famil. erc.* Contrarium placuit *Corras. 4. miscellan. 22. Cujac. 2. observ. 1.* Moventur 1. quod in vetustioribus & castigatis Codicibus *in d. l. continuus, §. cum ita.* sic legatur. *Et magis est, ut totam rem ad judicem,*

tem, aut virum bonum remittamus. Quam lectionem scio *Haloand.* habere, sed *Florentina editio*, pro *aut* habet, *id est*; & *sua editione* comprobavit *Gothofr.* Neque aliter tempore *Accursii* lectum ex glossis *ad d.l.* constat: & probat exemplar optimum à *Petro Baudoza* nobis communicatum, quæ itaque ut receptior, ita & rei propositæ convenientior est. 2. Opponit Corraſ. *l. ſed ſi unius. §. Prætor ait ff. de injur. Prætor* ait, *arbitratu judicis utique quaſi viri boni.* Particulam autem QUASI (*inquit Corraſ.* adverbium ſimilitudinis eſſe, eſt qui neſciat nemo. *l. ait Prætor § final. ff. de Rei jud.* Atqui ſimile non eſt idem. *l. quod Nerva. ff. depoſit.* Sed rectè *Corraſio* reſpondit *Menoch. 1. arbitr. judic. 1. n. 10.* Aliud Ulp. *in d. l. ſed ſi unius. §. Prætor. ait. ff. de injur.* ſenſiſſe, eo videlicet caſu judicem, non ut judicem, ſed ut virum privatum; bonum attamen; verborum modum imponere; non negat tamen judicem virum bonum eſſe. *l. ceteræ. §. 1. ff. famil. erciſc.* Judex itaque vir bonus eſt, etſi non omnis vir bonus hoc munere carens, judex ſit.

II.

Judex illiteratus eſſe non eſt.

Judicem cum dico, intelligo pedaneum, qui certo negotiorum generi præficiebatur; Hic enim ſi illiteratus ſit, quomodo cauſæ, cui datus eſt, finem imponet? *Novell. 82. c. 1.* & ſi leges minus idoneum tutelæ geſtioni imperitum literarum exiſtiment. *diſp. 3. q. 20.* quantò magis idoneus ad judicandum reputabitur, *& quid multis?* Judex ſecundum jus judicare debet. *§. 1. Inſt. h. t.* Ergò illud non ignorare, & ſi ignorare ipſi jus permiſeris. Ergò & hanc neceſſariam conſequentiam, ut ſi per imperitiam male judicaverit, illud impunè ferat, *arg. l. Gracbus. C. ad l. Jul. de adult.* Sed hoc falſum eſſe arguit *l. ult. ff. de var. & extraord. cognit. §. 1. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex delict.* Ergò & illud. Excipio magiſtratus ſeu judices ordinarios, qui plerunque erant viri militares, atque ita magis arma quam litteras ſcientes, *l ſcimus. §. arma C. de jur. delib.* Ideoque non ipſi, ſed adſeſſorum peritorum conſilio jus dicebant, *l. 2. ff. quod quisq; jur. Corraſ. 5. miſcell. 19. Hottomann. illuſt. q. 16.* Robert. *3. ſentent. 3.* Nec his adverſatur *l. certi juris. C. de judic.* quam tamen adhoc allegant *Dd.* ut explicat *Corraſius d. l.* ubi ſi-

terniæ cogitationem impellantur, quo hæreditatem ipsi egentes creditoribus concedere possent. §. *penult. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.* E. Denique fraus SCto omninò fieri non debet. *l. 3. §. penult. ff. d. tit.* Sed per hanc renunciationem ea committeretur, & SCtum eluderetur, adeoq; una via prohibitum altera concederetur. *c. cum quid una de R. J. in 6.* & hæc communis est nostrorum sententia, ut testatur Covarr. *in c. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 3. n. 6. vers. ego verò.* Petr. Mozz. *de contr. tit de mutuo. rub. quomod. mutuum. deficiat. n. 19.* Contrariam tamen sententiam amplexus est *Zas. 2. respons. 18.* Movetur, quod filiusfam. ex omnibus contractibus obligetur. *l. 38 ff. de O. & A. l. 57. ff. de judic. l. 58. §. 2. ff. pro soc.* E. etiam ex mutuo obligabitur, si Macedoniano renunciaverit. R. propositionem regulariter veram esse, ab ea tamẽ excipi mutuum, adversus cujus actionem se perpetua exceptione tueri potest. *l. 44. de condict. indeb.* Cur solum mutuum exceptum sit? quærit post *Dd. Gomes. de contr. c. 6. n. 2.* respondit id factum esse propter ejus frequentiam. Quam improbat *Abbas in c. quia verò plerique de immun. Eccles.* Sed defendit *Petr. Mozz. d. loc. n. 14.* & non obscurè innuit *l. 1. ff. h. t.* Opponitur: Odia restringenda sunt *c. odia de R. J. in 6.* Odiosa autem est hæc exceptio SCti Macedoniani. *l. 1. h. t.* Restringi ergò debet; Et per consequens ei renunciari potest. R. ad minorem, odiosam esse respectu fœneratorum, non etjam filiorumfam. & ipsorum patrumfam. quorum interest vel maximè hanc renunciationem non admittere. *d. l. 1.* Sed instat *Zas.* Favori pro se introducto quilibet renunciare potest. *l. penult. C. de pact.* Ex dictis autem patet, *SCtm.* in filiorumfam. favorem introductum esse. E, R. Esse quidem in ipsorum favorem introductum, sed non tantum, verum & ipsorum patrum, quibus hac sua renunciatione præjudicare nequeunt. Denique movetur *Zas.* quod mulier Vellejano renunciare possit, cur non igitur & filiusfam. Macedoniano? *de qua objectione videbis in litt. B.*

(*b.*) Communis est conclusio (*inquit Gail. 2. obs. 77.*) mulierem posse SCto Vellejano renunciare; Contra quam statuo, & quidem primo constat, arctius esse vinculum inter maritum & uxorem, quàm extraneos. *l. 1. de rit. nupt.* Sed uxor pro marito, ut maximè consentiens, non potest intercedere. *in pr. Inst. quib. alien. lic. auth. si qua mulier. C. ad SCtm. Vellej.* E. multo minus inter-

tercedit pro extraneo. 2. Muliebris fragilitas non debet in perniciem earum substantiæ converti. *d. pr. Inst. quib. alien. licet.* At per intercessionem id fit. E. nî dixeris hanc fragilitatem non esse, sed potius pervicaciam mulierum, dum monitæ nihilominus renunciant. Sed nihil dixeris, quoniam ne quidem consentientibus mulieribus permissa erit intercessio, ut disertè in *d. pr. Instit.* dicitur: nî & hîc regesseris, eo in loco agi de obligatione rerum, non etiam intercessione personali. Sed quid quæso, anne & illa intercessio postmodum non solvendo existente eo, pro quo intercessit mulier; ad rerum suarum diminutionem procedet? Ideoq; effectu intercessio hæc cum obligatione rerum planè eadem est. 3. Quæcunque pactio, vel remissio juris contra leges est illa nullius momenti est *l. 7. §. ait Prætor. ff. de pact. l. pacta quæ contra D. eod. l. non dubium C. de legib.* Renunciatio autem ista mulieris est cõtra SCtum Vellejanum. Proinde jure inutilis; Minor probatur; siquidem omnis intercessio SCto improbata est *l. 14. in fin. ff. ad Velle. an.* At renũciatio hæc intercessio est, & maximè intercessio: Intercedere enim est pro alio se obligare, Mulier autem renuncians SCto, hac renunciatione magis se obligat, quare maximè SCto, improbatur, quod nihil aliud est, quam esse contra SCtm. *l. contra. ff. de legib.* Quod si cui placeet hanc renunciationem rectâ intercessionem non esse, eoque nec verbis SCti contineri at certè apertè adhibetur in fraudem SCti. Hac enim renunciatione id saltem agitur, ut mulier magis & efficacius obligetur: id quod Senatus noluit. Scimus autem id dici in fraudem legis, quod lex fieri noluit, etsi verbis apertè non vetuit. *d. l. contra l. fraus. cum seq ff. de legib.* & quid multis specialis renunciatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit *l. ult. Auth. matri & avia. C. quand. mulier. tutel. off. Novell. 118. c. 5.* Item si mulier pro eo, pro quo intercessit, judicium accipere parata sit, eâ lege, ut in veterem debitorem actio non detur. *l. ult. §. penult. ff. de Vellejan.* Item si renunciatio post elapsum biennium facta sit. *l. si mulier. 22. ff. eod.* E. in aliis casibus illa non permittitur, alioquin frustra in iis locis id specialiter concessum fuisset. Ad quid enim speciali concessione, si jus commune te actum expedire concedat: Contrarium tuetur recitator sententiarum. Fach. 2 *controvers. 59. cum plurimis citatis* movetur *d. l. ult.*

§.penult.h.t. Item *l.ult.C.quand.mul.tutel.offic.* Sed quia iis in legibus renunciatio specialiter permittitur, aliis in casibus denegata, *(ut diximus)* censebitur; Alterum ejus argumentum est. *ex l. pen.ult.C.de pact.* Unicuiq; licere his, quæ pro se introducta sunt, renunciare. Sed nihil proficit, licebit enim ita demum iis renunciare, si non renunciatio ista contra leges & SCta sit. *d.l.7.§.ait Prætor.ff.de pact.l.pacta quæ contra C.eod.*

SEQUUNTUR INTERDICTA.

IX.

Interdictum ab eo dicitur, quod inter duos dicatur.

§.sunt tamen Inst.h.t. Quod displicet *Briss in lexic. verbo: interdicere. Wesenb. in π.h.t.n.3.* & rectum dictum volunt ab interdicendo. Quibus adversatur, quod non semper interdictis interdicatur. *Alciat.3. παρεργ. 15.* & dici potest *Justinian.* non voluisse tradere ἔτυμον interdicti, sed potius conatum esse allusione quadam nos in cognationem interdictorum summatim perducere, ut voluit *Mynsing. ad §.sunt tamen.*

X.

Quæritur, quid interdictum distet ab actione?

Respondet *Cujac.5.observat.17.* Interdicti & actionis ordinem, solennitatem, executionem, formulam diversam esse, effectum eundem. Adde *Donell.ad rubr.C.de interd.n.4. & 7.*

XI.

Interdictum ab edicto differre omnes sciunt, inquit Menoch. *Sed qua ratione, non æque omnes norunt.*

Brevibus explicat *Duar.1.disput.19.* Edicta *(inquit)* generalia erant, non sicut interdicta personalia *l.1.ff.h.t.* Quod pluribus verbis explicavit *Donell.d.loc.n.8.9.* Addit *Cujac.d.loco*; aliud ut actiones *(ait)* edicto promittuntur, sic & interdicta. E. sicut actiones edicta non sunt, sic nec interdicta.

XII.Di-

XII.

Divisio interdictorum à fine ducta hæc est, quod quædam adipiscendæ *possessionis comparata sunt, quædam* retinendæ, *quædam* recuperandæ. §. sequens. Inst. h. t.

XIII.

An remedia possessoria sequestri competant? dubium est. Nego.

Pone enim (*inquit Clud. c. 12. n. 15. de sequestr.*) rem litigiosam ad custodiendum traditam sequestri esse ablatam; quæstionis est, num sequester remedia possessoria intentare, iisque rem repetere possit; & negamus: Constat enim hæc remedia iis non competere, qui possessionem nō habet. At sequester possessioné sequestri nunquam habuit. *l. interesse puto 39. ff. de adquir. vel amitt. poss.* Et si de eo disceptent nostri, certum tamē id est: Sequestrum enim est species depositi. At nullum est depositum, quod propria ac genuina virtute, sine partium expressa conventione in depositarium possessor transferat. E. nec sequestrum. Hinc in *l. 6. ff depos.* custodiendū reddendumq; tradi, nō possidendum; Aliud autem est custodire, aliud possidere. *l. 3. §. final. ff. de acq. vel amitt. poss. l. 5. in pr. ff. ut in possess. legat. vel fideicommiss.* Nec hanc sententiam infringit *l. licet ff. deposit.* Nam verba illa; *nisi apud sequestrem deposita est*: Pro possessionis dimissione exaudienda sunt, ut docet *Duar. ad tit. C. deposit. c. 1. in fin.* & hoc casu ei remedia possessoria dari non dubitamus: Superiori non item. E. inquies nullum supererit sequestri remedium? utique quod extat in *c. redintegranda. 3. q. 1.* & nudo detentatori conceditur, pro sola detentatione. *Anton. Gabriel. de restit. spoliator. conclus. 5. n. 7. in fin.*

XIV.

Num uti possidetis *interdictum dejecto competat?*

Affirmat *Wesenb. in π. uti possidetis. n. 5. post Menoch. de retinend.*

nend.possess.n.35. & communiter *Dd.* quia civilem possessionem retinet, Negat *Donell, ad l.un. n.12. C. uti possid.* Cujus sententia verior est; quia interdictum *uti possidetis* possessorem tuetur, & vim fieri vetat, atque ideò semper & ubique prohibitorium; nunquam verò restitutorium interdictum appellatur. *l. 1. ff. uti possid.* Sed qui dejectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *l. naturaliter. ff. de usucap.* Nam quod *supradicti* contendunt, eum civili possessione privatum non esse, non rectè adstruunt. Cur enim quæso adfectum possidere volentibus ad possessionem retinendam nihil facere à JCto responsum est. *l. arbor. §. de illo. ff de Usufr.* Cur is qui in prædio vinctus detinetur, animo possessionem retinere, negatur? *l. 2. §. pen. ff. de vi & vi armat.* Atq; hinc ni fallor, fit quod JCtus *l. 3. §. qui si. ff. de acquir. poss.* amissionem possessionis, quæ per dejectionem contingit ei, quam quis libera voluntate dimittit, comparet, neq; id in aliis juris nostri partibus infrequens & novum est, ut coacta voluntas utiq; pro voluntate sit *l. 21. §. 5. ff. Quod met. causa.* & licet dejectus maximam aliquam alicujus possessionis retentionem animo sibi fingat, revera tamen possessionem sibi ereptam, atq; adeò ex animo ipso evulsam esse intelligit, cum coactus sua voluntate, *ut Comicus loquitur,* possessione decesserit; quod & ex eo ostenditur, quod interdictum *uti possidetis,* dejicienti adversus quoslibet turbare volentes competat. *l. fin. ff. de adquir. poss. l. 1. & 2. ff uti possid.*

XV.

Non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cepit rem vindicare. L. 12. §. 1. de adquir. vel amitt. poss.

Quem textum columinarii Dd. onerarunt multis commentariis; Nos libenter ea iis relinquimus. Sufficit hic cum subtilissimo *Govean. 1. lection variar. 3.* rationem dubitandi inquisivisse. Titius turbatus possessione ignarus juris & fori; Rei vindicationem instituit, quæ ei ut possessori minimè conveniens erat: Resipuit tandem, & interdictum *uti possidetis* à Prætore postulavit. Dubitatio oritur, sit nè æquissimi Prætoris auxilio juvandus: Movebat, quod juris sit non ignoti, cum qui semel actionem instituit,

tuit, debere usque ad finem litis in ea perseverare. *Auth. qui semel. C. quomod. & quand. jud.* quod in proposito tantò magis dicendum videbatur, quia vindicando rem videtur possessioni renunciasse: Vindicans enim fatetur adversarium possessorem esse, *l. officium l. 23. de rei vindicat.* Sed ut prius resolvitur, nisi justa subiit erroris causa, cur actionem mutare possit: Ita posterius refellit ipse *Ulpian.* nihil (*inquit*) commune habet proprietas cum possessione; nam rei vindicationem pro proprietate instituit. Interdictum uti possidetis ad possessionem conservandam pertinet: Vindicationem instituit, non ut renunciaret possessioni, sed eam avocaret: quod hisce verbis significat. *7 C. non enim.* (*ait*) *videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicat:* Ut in simili, si egero de ingenuitate, dicens me esse ingenuum, non videor renunciasse libertinitati, *l. penult. C. de inq. manum.* Quanquam hæc duo videantur esse opposita, ingenuitas & libertinitas: & si egero familiæ ercifcundæ, quo genere confiteri videor te cohæredem esse, non videor renunciasse petitioni hæreditatis, qua tenetur, qui cohæres non est, *l. qui familias. 37. ff. famil. ercisc.* (*Sup. disp. 8. Thes. 13.*) *Adde Cujac. 7. obs. 38.*

XVI.

Si colonus possessione decesserit, non interpellatur possessio domini.

Ita statuit Proculus *in l. cum quis. 31. ff. de dol. mal.* quem sequitur Paul. *in l. 3. §. 8. ff. de acquir. vel amitt. poss* Cujus contrarium ex *Sabini* sententia proponit Pompon. *in l. si colonus. 31. ff. de acquir. poss.* Sed prior sententia placuit Justiniano *in l. ult. C. de acquir. poss.* Quid igitur? anne sic contra votum & voluntatem *Justinian.* in jure pugnantiam legum admittimus? minimè: *per tradita disp. 1. q. 2.*

XVII.

Unius rei duo in solidum possessores esse nequeunt.

Negat *d. l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. vel amit. possess.* ratione

hac addita: ut unum corpus in duobus locis, & duo corpora in uno loco esse non possunt: Corpora se occupare & simul esse natura non permittit: Sic demensio suum locum occupat, & obstaculo est, ne quævis alia dimensio, & quodvis aliud corpus pariter unaquè eundem locum occupare ac replere possit: Ita & possessio penes duos esse nequit, notat ad *dict.* §. *Gothofred.* Quin si duos in solidum, hoc est, totam rem possidere dixeris, id aut verè aut fictè fiet: non illud, quia non potes tu eo in loco stare, in quo ego sto. Ergò nec hoc, quia imitatur naturam, nec eam corrumpit, sed sequitur. § *minorem. Inst. de adopt.* 3. Possessio est rei vacuæ detentio. *l. 3. de act. empt.* Vacua autem ea possessio dici nequit, quæ nunc ab altero tenetur. 4. Qui possidet, animo domini rem detinet: Ut autem dominium, sic nec ejus animus penes duos esse poterit. *l. si ut certo. 5. §. si duob. 15. ff. commodat*, quod intelligo, sive duo civiliter, sive naturaliter possideant, itidem sive unus civiliter, alter naturaliter possideat, cum quia animo domini omnes possident, qui non potest esse penes duos in solidum *d l. 5. §. 15. ff commodat.* tùm quia id satis evidenter *ex d. l. 2. §. contrario. l duo. ff. de precar.* colligitur. Non his obstat. *l. & habet. §. eum qui. ff. de precar.* quæ vult, & eum qui precario rogavit, & eum qui dedit, possidere; Quia *ut Cujac. 9. obs. 32 vult* factiones ea Sabinianorum & Proculianorum alit, quod nullo jure comprobat. At quin eo, quo ad suæ sententiæ defensionem utitur, refellitur, nimirum. *l. 3. §. ex contrario.* 5. Quæ Sabinum existimasse refert, eum qui precario rogavit, & eum qui dedit possidere, quod nec Paulo displicet; sed in Trebatium aculeum dirigit, qui unum justè, alium injustè possidere posse opinabatur. Dicam quod mihi videtur; nec unquam credo Sabinianos & Proculianos in specie proposita, precarii scilicet dissensisse. *d. l. 3. §. ex contrario. 5. l. & habet. 15. §. eum qui. l. duo. 19 ff de precar.* sed verbum possessionis alio atque alio modo accepisse. Propriè si quæramus, an is, qui precario accepit, possideat? & is qui dedit? dicendum solum dantem possidere *l. 6. §. 2. de precar.* quia is rem habet affectu domini: Non autem is, qui precario rogavit. At *possessionis* vocabulum si strinxerimus ad detentionem, ut abusivè sæpè accipitur; in fructuario. *l. 12. in pr. in creditore. l. cum & sortis, §. ult. ff. de pignor. act. l. per servum. 27. de acquir. rer.*

rer.dom.l.1.§.per servum.de adqui. poss. possidere is quoque dicetur, qui precario rogavit. *l.4.de precar.* quod probat *d.l.15.§.eum qui.ff. de precar.* dum corpore ipsum possidere vult, h. e. rem detinere, cujus quoque intuitu interdicto *uti possidetis*, adversus omnes, præter eum, quem rogavit, uti potest, *l.10.ff. de precar.* ut de fructuario legimus *in l.final.l.2.ff uti possid. 2. Opp. l. 3. ff. uti possid.* Respon. *Cujac.d.loc.* & eam Sabinianismum redolere. Quæ sententia ex inscriptione *d.l.3.* refellitur. Est enim ea lex *Pauli*, qui ut maximè Sabinianorum partes in plurimis sectatus fuerit, in proposita tamen controversia, ipsum magis inclinare in Proculianorum sententiam ex *d.l.§.ex contrario.* lucidissimè constat, & insulsè satis proponeret eam facti speciem, quam ipse neque probaret, & juri contrariam sciebat. Quocirca magis est, ut dicamus, in interdicto *uti possidetis* omnem detentionem pro possessione accipi, non quasi duo in solidum rem possint detinere. Nec enim id natura rerum patitur, sed utrumque haberi diverso respectu pro possessore; Exempli gratia, Dominus peregrè proficiscitur. Secundus absentis possessionem clàm ingreditur; Dominus revertens possessionem animo retinuit: Hic sanè uterq; possidet, & verus dominus, quia animum possidendi non deposuit; & clanculatius possessor, quia animo & corpore sibi habendi possessionem ingressus est, & quidem in solidum, h e totam hujus possessionis occasione possunt defendere, non quidem alter contra alterum. Dominus enim illo superior est, & hujus intuitu ejus detentio nulla est; sed si extraneus conveniat hunc clanculariuṁ possessorem, rectè interdicto uti potuit, *l. 2. ff. uti possidet.* Quinimò si hic secundus non detineat rem ab ipso domino, sed ab alio causam detentionis suæ habeat, neuter eorum vincetur; non quod uterque possideat: solus enim dominus verè possidet, sed quia non ab ipso domino clàm possidet, & omnem detentionem defendit Prætor interdicto *uti possidetis*, dummodo non vi aut clàm aut precariò ab adverso possideat, *l. 1. in pr. l. 2. l. 4. ff. uti possidet.* & sic mihi videtur.

3. Oppon. l. clàm. §. qui ad nundinas. ff. de acquir. poss.

ctem, aut virum bonum remittamus. Quam lectionem scio *Haloand.* habere, sed *Florentina editio*, pro *aut* habet, *id est*; & *sua editione* comprobavit *Gothofr.* Neque aliter tempore *Accursii* lectum ex glossis *ad d.l.* constat: & probat exemplar optimum à *Petro Baudoza* nobis communicatum, quæ itaque ut receptior, ita & rei propositæ convenientior est. 2. Opponit Corras. *l. sed si unius. §. Prætor ait ff. de in ur. Prætor* ait, *arbitratu judicis utique quasi viri boni.* Particulam autem QUASI (*inquit Corras.* adverbium similitudinis esse, est qui nesciat nemo. *l ait Prætor § final. ff. de Rei jud.* Atqui simile non est idem. *l. quod Nerva. ff. deposit.* Sed rectè *Corrasio* respondit *Menoch. 1. arbitr. judic. 1. n. 10.* Aliud Ulp. *in d. l. sed si unius. §. Prætor. ait. ff. de injur.* sensisse, eo videlicet casu judicem, non ut judicem, sed ut virum privatum; bonum attamen; verborum modum imponere: non negat tamen judicem virum bonum esse. *l. cætera. §. 1. ff. famil. ercisc.* Judex itaque vir bonus est, etsi non omnis vir bonus hoc munere carens, judex sit.

II.

Judex illiteratus esse non est.

Judicem cum dico, intelligo pedaneum, qui certo negotiorum generi præficiebatur; Hic enim si illiteratus sit, quomodo causæ, cui datus est, finem imponet? *Novell. 82. c. 1.* & si leges minus idoneum tutelæ gestioni imperitum literarum existiment. *disp. 3. q. 20.* quantò magis idoneus ad judicandum reputabitur, *& quid multis?* Judex secundum jus judicare debet. *§. 1. Inst. h. t.* Ergò illud non ignorare, & si ignorare ipsi jus permiseris. Ergò & hanc necessariam consequentiam, ut si per imperitiam male judicaverit, illud impunè ferat, *arg. l. Gracchus. C. ad l. Jul. de adult.* Sed hoc falsum esse arguit *l. ult. ff. de var. & extraord. cognit. §. 1. Inst. de oblig. quæ quasi ex delict.* Ergò & illud. Excipio magistratus seu judices ordinarios, qui plerunque erant viri militares, atque ita magis arma quam litteras scientes, *l scimus. §. arma C. de jur. delib.* Ideoque non ipsi, sed adsessorum peritorum consilio jus dicebant, *l. 2. ff. quod quisq. jur. Corras. 5. miscell. 19. Hottomann. illust. q. 16.* Robert. *3. sentent. 3.* Nec his adversatur *l. certi juris. C. de judic.* quam tamen adhoc allegant *Dd.* ut explicat *Corrasius d. l.* ubi

simul respondet *ad l. expertes.Cod.de decurionib.* cujus responsionis ratio magis elucescit ex iis, quæ tradidit *Barnab. Brisson. 4.antiquit. 13.*

ADDITIO.

Accedit, quod horum datorum judicum olim descriptæ curiæ, ex quibus judices sumerentur, fuerint, in quas solitum fuit adscribi, viros probatos peritiæ & industriæ, quibus delegebatur causarum cognitio, quoties delegare judicem opus esset. *A. Gell.14.noct. Attic.*

III.

Judex secundum conscientiam, *non* acta & probata *judicabit.*

Fundamenta hujus quæstionis *disput.6.in παρεργ.* assignavi, ubi simul contrariorum resectionem ad disputationem hanc remisi, quod nunc facio. 1. Tutior hæc est ratio finiendarum litium, *inquit Cujac. 12. obs.19.* Quod negando dico periculosiorem esse, quia veritatem negligit, & iniquitatis & injuriæ fautrix existit.*arg.l.meminerint.Cod.unde vi.* 2. Opp. Ratio probationum habenda est. R. Nihil probatum esse, cum probatio tantum sit veritatis adsertio; pertinet huc. *l.3.§.ejusdem ff.de Testib.* 3. Opp. *illicitas.§.veritas.ff.de offic.præsid.* Sed nihil officere, quin potius proficere, *d. disp.6.dixi.* 4. Opp. Nemo potest simul testis & judex esse. R. Hic judicem testis officio non fungi, sed ex suo officio illud facere, *l.un.C.ut quæ des.advocat.* quod vel maximè in criminalibus apparet.*l.3.§.congruit.ff.de offic.præf.Præs.l.1. §.quoties ff. de offic.ubi l.4.ff. ad l. Jul.pecul.* Cur non igitur & in civilibus? 5. Opponit *Covar.1.variar resol.1.* quod judex publica authoritate fungatur. E. & ex publica scientia judicare debet. Inclinat hoc argumento *Covar.* ad duplicem scientiam, quam tamen unicam tantùm esse jam *Oldendorp.* docuit. Nulla enim à nobis scientia quæritur & desideratur, quàm veritatis, quæ ut unica est, ita & scientia, sive ea jam sumatur ex publicis, sive ex privatis documentis, parum refert. 6.Opp.*c pastoralis.28.de offic. & potest.jud. deleg.* R. cum requisitus alterius judicis sententiam exequitur, judex non est, sed exequutor, & ideò illius sententiæ iniquitatem

ex-

expendere ut judex nequit, præsertim cum judex jus dixerit, relatione ad id facta, quod dicere debuit. *l penult. ff. de just. & jur.* quod ipsius est exequi. 7. Opp. quod judex non possit sententiam ex instrumento non probato in judicio proferre, licet ex eo planè jus actoris vel rei cognoverit. *c. cum dilectus. c. contingit de fid Inst.* R. hoc idcircò fieri, quia instrumentum vires antea habere non potest, nisi in judicium sit deductum, neque ullam fidem facit, nisi productum: Nam aliàs extra judicium facilè quidvis possit subornari, ex quo judex imponeretur, quod ne fiat, ut in judicio exemplo reliquarum probationum post litem contestatam instrumentum proferatur necessum est. 8. Opp. *c. judic 3. q. 7.* R. nihil aliud eo loci dici, quàm ut judex affectus omnes seponat, causamque, prout decet, determinet, quod à scopo alienum est. 9. Opp *c. 8. Genes.* Sed illud optimè excutitur *in c. Deus omnipotens. 2. q. 1.* & à proposito alienum est. *Neq; probo, quod communiter consilium proferunt, consultius fore, ut cum Gellio sibi non liquere pronunciet, & potius testis personam assumat. Alciat.* in l. inter hæc. 179. de V. S. *Hotom.* illust. q. 25. *Corras.* 4. miscell. 20. *Cujac. & Covar.* dd. locis, quia judicare debet judex. At cum judicis officium deponit, non judicat. Et quo colore deponet? An quia ignorat? cave mendacium judici inculces & persuadeas, nam causam, quam nos tractamus, probè cognitam perspectamque habet, aut igitur judicabit, aut mentietur. Hoc erit à judice alienissimum. E. Nec *quicquam effecit, quod de testis persona induenda profertur.* Quid enim judex utpotè testis unicus contrà tàm multos efficiet, ut non minus verè, quàm eleganter *Vasq. 14. illustr. contr.* dixerit, alium judicem substituere; Remedium lugubre esse, quia innocens ille sub judice substituto ejus innocentiæ inscio verosimiliter peribit.

IV.

An pater filio vel vice versa, rectè judex detur.

Vulgò creditur pugnare hac in re *l. in privatis. 77. ff. de judic.* cum *l. 10. ff. de jurisdiction.* Quas sic facillimè rejectis aliorum dictis concilio: Jus dicere, & judicare planè sunt diversa: hoc

jur-

judicis dati est; illud magistratus; Jus dicere in causa filii non debet parens magistratum gerens, propter verosimilem affectionem, quia parentis libera potestas in reddendo jure à veri rectique tramite deflectere possit. *d. l. 10.* Judicare verò potest parens, cum quia judicandi potestas libera non est, sed per formulam prætoris coarctata, tum partium consensu judex eligitur, qui si in ipsum consentiant, nihil ei oberit, atque ita intelligendo. *d l. 77.* cum *A. Guibert. 9. cap. quæst. jur. memorab.*

V.

Judex in judicando magis æquitatem, *quàm* strictum *jus sequi debet.*

l. placuit. C. de judic. l. 14. §. 13. ff. de relig. & sumpt. fun. l. 4. §. de eo quod cert. loc. Hoc enim tàm ex legibus fit, quod ex legum sententia, quàm quod verbis. *l. 6. §. 1. ff. de V. S.* Verba enim sunt inventa, ut mentem exprimant, mentique & sententiæ loquentis inserviant. *l. scire oportet. §. si aliud. ff. de excusat. tut. l. 3. l. 7. ff de supell. legat.* Nec leges scire sit verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire. ff. de legib.* Si quid itaque duriori fortassis interpretatione vel æquiori ad casum præsentem accommodari possit, æquitatis interpretatio ex præsumpta legislatoris mente arripienda est, *l. 18. de legib.* unde dicitur: In omnibus quidem, maximè tamen in jure æquitas spectanda est. *l. in omnibus quidem. ff. de R. I.* 1. Opp. *l. prospexit. ff. qui & à quib manum*, ex qua colligunt nostri, duricem legis mitiori interpretationi præferendam esse. R. illud procedere, quatenus de expressa legislatoris mente constat; Eo enim casu quia per interpretationem contra expressam mentem agere non possumus; legem utut duram sequi necesse est. Atque ita etiam accipio *l. si expressim. ff. de appellat.* Atque tum obtinet *D. Augustini* dictum, Postquam leges constitutæ sunt, non de ipsis judicari, sed secundum ipsas oportere: quod relatum est in *c. 3. distinct. 3.* 2. Opp. Si æquitatem judex fingere pro libitu possit, tum nihil certum & perpetuum in jure erit, contra *l. 2. ff de Jur. & fact. ignor. & Cels.* adolescens dicebat in hoc genere plerumq; sub autoritate juris scientiæ perniciosè errari. *l. servum.*

19.

91.§.sequitur.ff.de V.O. R. Nos non judici pro libitu legum torsiones permittere, sed saltem casus dubii interpretationem, quod non est contra leges facere, sed eas potius confirmare, quia lex est id, quod lex voluit. *l. non dubium C. de legib.* Voluntas hæc ex fine juris colligitur. Jus est ars æqui & boni, Est ars ad justitiam, hoc est, ipsam æquitatem ferens. *l 1.ff. de Just. & Jur.* Et ut res exemplis illustrior reddatur. Refert ex Alciat. *Corrasius*, quadam Italię urbe sancitum fuisse, ne quis in palatio sanguinem profundat; contra si quis fecerit, morte multandum esse; Chirurgus secta vena ægrum in palatio juvit, quæritur sitnè mortis pœna afficiendus Chirurgus? Ex verbis dicendum quod sic; non item ex sententia legislatoris, quæ haud dubiè talis fuit, ut is demum ea plecteretur pœna, si quis occidendo vel quo alio illicito nocēdi modo sanguinem profuderit: Undè rectè subjicit *Alciat. de V. S.* medicam manum potius præmio, quàm pœna afficiendam esse. Aliud exemplum desumi potest ex *l. final. ff. de Rer. divis* in qua simpliciter statuitur eum qui muros transcenderit, capite puniendum esse. Jam si contigerit aliquem propulsandorum hostium gratia transcendere muros, anne & hic eam subiturus sit pœnam quæritur: ex verbis affirmatur, quia muros transcendit: Ex sententia statuentis non item; quæ hæc fuit, ut is demum plectatur, qui per ludibrium, vel proditorio animo muros transcenderit. *d. l. final.* Sic alia & infinita exempla passim ex legibus colligere non indifficile est; 3. Opp. quod dici solet, verbis legis serviendum esse, nec distinguendum esse, ubi lex non distinguit. *l. 3. §. hæc verba ff de Negot. gest. l. 8. de publ in rem act.* nec à forma constitut i recedendum esse, nihilque exaudiendum, nihilq; supplendum *l. 24. ff. ad Municipal. Novell 18. c. 5. l. 4. ff. de senat.* R. Hoc tum demum verum esse, verbis & mente, & ratione legis cessantibus per *l. cum mulier ff. solut. matr.* Undè rectè Donell. *1. comment. 13. ait.* Æquitas eo spectanda in jure, non ut hujus specie jus tollatur, se ut dum jus manebit, hinc interpretationem & modum accipiat, ne jus propter verba, etiam in quibus casibus iniquum prę fractè retineatur. *l. benignius. ff de legib.* 4. Opp. *l. 1. C. de legib.* R. Non ea in lege facultatem interpretandi & supplendi jura tolli, sed tantum differentiam constitui, inter interpretationis judicis & imperatoriæ efficaciam statuere, cum hujus vis tanta sit, ut pro

lege omninò habeatur, illius jus tantùm inter partes facere possit *l.penult.ff.de Just. & Jur.*

DE PUBLICIS JUDICIIS.

VI.

Quaritur quænam publica sint judicia?

Communiter R. quorum accusatio vel persecutio cuilibet de populo permissa est. (*Clar.in pract.criminal §.1.in pr.Gomes. 3.resolut.1.n.4.*) quod habuisset ex *Justiniano*, qui id docet in *pr.Inst. de publ. Judic.* quorum senteñtia simpliciter vera non est, siquidem si propriè ac pressè publicum delictum putare velimus, illud erit quod publicorum judiciorum legibus comprehensum ab unoquoq; ex populo deferri ac accusari potest. *l.1.de public.judic.* (*Soaretz. ad d. locum Gomez.*) quin si ex eo solo delictum publicum faciant, quod de delicto obnoxium arcessere fas sit, utique consequens foret, & suspecti tutoris crimen publicum esse, cum & ejus accusatio publicè cuivis competat *l.1.§.consequens de susp.tutor.* Sic popularium actionum natura & nota hæc est, quod cuivis & promiscuè competant, nec tamen publicæ rectè dicentur. (*Duar.1.disput.37.*) quod & *Govean.* animadvertit *1. variar. lect. 27.* cui verè publica videntur; quia populi sunt, & earum rerum de quibus publicæ institutæ erant quæstiones cognitio ad populum pertinebat quod *Duar.* confirmat ex *l.2.de orig jur.* qui plures causas, cur sic dicta sunt, adfert. Textus pro hac sententia est expressus *in l.3. de prævaricat.* Quod non negat *Justinian.* cum non definitionem, sed ἐτυμολογίαν tradere voluerit (Adde *Cujac. 8. observat. 33.*)

VII.

Num Sponsus Sponsam jure adulterii accusare possit?

Brevibus dico. Sponsum adhuc existentem Sponsam accusare non posse, nî tempore accusationis matrimonium contractum sit, etsi contractum, ut eo tempore commissum esse dicatur, quo Sponso uxor esse potuit *l.7.C.ad l.Jul.de adult.l.13. §.si minor.ff.eod.* Eleganter *Fab conject.6.* Aliter *Cujac.6.observ.6.* qui tamen suam sententiam retractat. *20.observ.6.*

ADDI

ADDITIO.

Verum obstare videtur *l. 6. §. 1. ad l. Jul. de adult.* ubi dicitur, propriè in nuptam adulterium committi. Sponsa verò nondum nupta dici potest *l. si quis officium 38 in pr. l. in eo. 45. §. 2. de Rit. nupt. l. uxores. 9. & l. sequi de his qui notant. infam l. 101. pro dot. l. 8. de condict. caus. dat. l. 24. C. de nupt.* R. Joh. Harprecht. *in § item Leg. Julia n. 10. de publ. jud* quod Sponsa hac in parte, ubi agitur de adulterio, pro nupta habeatur. *l. si uxor. §. Divi de adult.* Quam responsionem confirmant plurimi juris textus, qui dicta de uxore ad Sponsam traducant. *l. si sponsa. 74. de Jur. dot l. Lex Julia. de fund. dot. l. Item apud 15 §. Sponsum. 19. de Injur. l. non sine. C de bon. quæ liber. l. Titio centum. §. Titio genere. de condict. & demonstr.* Harpr. *part. 2. quæst. 28.*

VIII.

An ut propter adulterium, ita & propter osculum dote privari possit mulier? Nego.

Agr. *l. quod ait. 23. in pr. ff ad Jul. de adult.* Nec enim pœna, quam delicto lex imponit, ad attentionem producenda est. *l. sæpè ita in fin. de V. S.* Neque in dubio delictum præsumitur. *l. merito. ff. pro socio* & constat leges extendi non debere pœnales, præterquam cum par vel major ratio versatur. *l. odia. & cap. in pœnis. de Reg. Jur. in 6.* Quod utique nostro casu non evenit. Ut enim aliæ leves præsumptiones & signa, ita & osculum lõgè lateq; ab adulterio differt. Et rectè elegans puella apud Theocritum inquit:

> Ne Satyrisce tume: rem ajunt esse oscula inanem,
> Et facie abluta tolluntur & oscula sputo.

Adde cum actus duplicem interpretationem recipit maximè si sit odiosus, ea accipienda est, quæ mitior est. *arg. l. 18. 19. ff. de legib.* At in casu nostro talis est actus cum adulterii & honesti affectus causa osculum factum dici queat. Ideoque hoc posterior, ut mitior, arripiẽda erit, quod maximè apud eas gentes obtinet, quib. in more positum est, peregrè advenientes osculo hospitio excipere. Quem morem in *Anglia* observari vidimus, & superstitiosè fat *s mei Frisii* prosequuntur; Apud quos & ad singulas potiones solenni cum manuum porrectione oscula dantur. Denique hoc

appono: Unumquemque præsumi natura bonum, *Alciat. tract. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 8.* cui Præsumptioni statur & in hoc casu, cum bono animo ab uxore osculum datum præsumatur. Contrarium tamen voluit *Baldus* referente *Alciato παρεργ. 10.* motus *cap. 1. §. 1. quib. mod. feud. amitt.* Ubi vasallus ob id, quod turpiter cum domini uxore lusit, feudo privatur: cujus sententiam tribus concurrentibus *Alciat. d. loco*, admittit. Sed à vasallo ad nostrum casum argumentari non licet; Neq; scio an turpis lusus appellatione osculum veniat; eo tamen præsupposito, non admisso, dicimus, in persona vasalli feudi privationem inducere facilius, quia res ad pristinam naturam redit; At in casu nostro ab ea desisceret. 2. Opp. *l. ult. C. de repud.* In qua *Imper.* mulierem quæ cōmune lavacrum cum viris habet, dote multat. Eadem quoque pœna affecit, & in *l. consensu eod.* eam similiter dote multavit, quæ inscio marito in triviis versatur, aut in circensibus vel Theatralibus ludis vel arenearum spectaculis interest. Sed dici debet, hæc propius ad adulterium accedere, ac majoribus conjecturis subjici, quàm osculum. Equidem mulier, quæ contra mariti voluntatem in conviviis versatur, vel foris pernoctat, vel ludis interest, vel lavat eodem in loco cum viris; vix evitare adulterii suspicionem potest, in quam tamē non incidit, quæ sine ulla adulterii suspicione propinquis, amicis, vel peregrè advenientibus osculum honestè præbuerit, *Baldi* itaq; sententia simpliciter intellecta falsa est; cum distinctionibus *Alciati* verissima.

IX.

Vidua post mortem mariti luxoriosè vivens dotem non perdit.

Cùm quia jugo fideque maritali plenariè liberata est, tum quia ea arripienda est interpretatio, quæ pœnam excludit. *l. semper in dubiis de Regul. Jur.* Nam *ut Alexander in l. sororem. C. de his quib. ut indign* dicebat, nullo jure id statutum esse probari potest. Et hanc opinionem probat Covarr. *2. p. §. 7. de matr.* Novel. *39. c. 2. in fin.* ubi vidua, quæ post annum luctus est fornicata, non est puniendа pœnis à lege statutis contra secundo nubentes fœminas: Ergo & dotem non amittit *l. 1. C. de secund. nupt.* Emanuel à Costa *ad c. si pater. vers. legavit. n. 41. de Testam. in 6.* At. Pinel. *l. 4*

n. 9. verſ. ſed contrarium. C. de bon. quæ lib. Quinimò cum in favorem fœminarum constitutum ſit, ut durante viduitate in priore cenſeantur vivere matrimonio. *l. ult. C. de bon. matr. l. fœmina. de ſenator. cum ſimilib.* nulla ſanè æquitatis ratio admittit, duriore interpretatione id in odium ac præjudicium earum torquere. Contrarium qui ſentiant, *quos allegant Coſtal. Covarr.* moventur, quod defuncti manibus injuria per viduæ ſtuprum inferatur. *l. 1. §. & ſi fortè de injur. l. 14. §. judicem de relig. & ſumpt. funer.* Quod quidem admitti poteſt, ſed non protinus, ubi injuria eſt, ibi quoque dotis amiſſio admittitur. Quinimò ſi contrariam ſententiam admitteremus, anſam peccandi viduæ tribueretur, cum dote & omnibus bonis exuta Diomedea neceſſitate coacta turpioris vitæ quæſtum ſectari compelleretur. Satis itaque ſuſtinet pœnæ, ſi acquiſita quocunque modo à marito amittat. *l. 1. ff. de bis quæ ut indign. aufer. l. 1. 3. C. eod.* retineat uno ut dotem proprium ſcilicet ejus patrimonium, per contrarium æquum eſt.

X.

Uxorem in adulterio deprehenſam maritus impunè non interficiet.

Niſi ſit vilis perſona, *ut l. 24. ff. h. t.* latius probat, alioquin in legem Cornel. veluti ſicarium incidere ſtatuimus, licet juſtæ indignationis ratio pœnam legis Corneliæ remittat. Nam ſi humilis eſt perſona, damnatur in metallum, ſi verò honeſtior eſt, relegatur in Inſulam *l. ſi adulterium cum inceſtu. §. Imperatores. ff. h. t.* Clar. *in §. homicidium. n. 48.* Planè ſi noctu intra privatos parietes cum conjuge deprehenſum adulterium interfecerit, humanius eſt, p urum eſſe maritum, & omnimodo ſubtrahendum pœnæ. *l. Gracchus. C. h. t. Vaud. 1. variar. queſt. 12.*

XI.

In quibus conſiſtit moderamen inculpatæ tutelæ.

Licere ſe naturaliter defendere ait *l. 3. ff. de juſt. & Jur.* Addit *l. 1. C. de unde vi,* ita demum licere, *ſi moderamen inculpatæ tutelæ adhibitum fuerit:* quod *primum* requirit, ut in continenti fiat, non ex intervallo. Ille (*inquit Demoſthenes contra Ariſtot.*) articulus

confestim collit omne spacium meditandi quippe mali. 2. Ut non animo ulciscendi, sed injuriam propulsandi fiat. *l. 45. §. 4. ff ad l. Aquil.* 3. Exigunt *Doctores* paria arma; quod neque rationem (*inquit*) neque authoritatem ullam habet. Nam quidem vim inermem fateor non rectè repelli armis (excipit *Wesenb. in consil. 19. n. 57* illum casum, ubi adversarius ita fortis est, ut percutiendo ictu pugni aliquem interficere possit, & refert exemplum de Perusino, *ut ibid. per eundem*) sed vim armatam; ut si quis ferro me petat, puto quolibet ferro repelli posse. Ensem lancea, pugionem ense: Nec enim æqualia arma ita parari in continenti possunt, & quicquid tale non fit in continenti, hoc est, laborante adhuc maleficio, jure non fit.

XII.

Si quis igitur hoc moderamen excesserit, Anne ordinaria homicidii pœna punietur? Nego.

Sed arbitrio judicis puniendum volo. Cessat enim legis Corneliæ pœna, ubi dolus, ubi delinquendi consilium ex proposito abest, *l. 1. §. final. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* Sed hic noster non ex proposito, sed per iracundiam, quæ est rationi inimica, deliquit. Provocatus enim se ulcisci voluit, *l. qui cum natu. §. si libertus ff. de b. on. libert.* Undè rectè *And. Gail. 2. observ. 110. n 16.* inquit: Provocatus tanquam intensio dolore commotus, non est in plenitudine intellectus: metus improvisus instantis periculi tollit rectum judicium, & consilium deliberandi: & subjiciunt Dd. quod provocatus non habeat stateram in manu, ut possit dare JCtus & vulnera ad mensuram *c. olim causam. de restit spoliat.* Et *Seneca in Thyeste act 3 scen. 2* ait: Dolorem vix frenos capere; & *Aristot. 5. Ethicor. c. 8.* quæ ob iram aliasque animi perturbationes fiunt, injuriam quidem faciunt, sed facientes non propterea injusti aut praves sunt. Et faciunt huc dicta a Wesenb *consil. 19. n. 57. fol. (mihi) 417.* Boër *decis. 168. n. 17. fol. (mihi) 309.* Covarr. *in Clement. si furiosus p. 3. § unic. n. 3 de Homicid.* Menoch. *arb. jud. q. cas. 278.* Gail *d. loco.* Contrarium nonnulli statuunt, quos recenset *A. Fachin. 1. controvers. 32.* Primum argumentum tale ex *l. 1. §. divus. ff.*

ff.de Sicar. extruunt; qui occidendi animum habuit, tanquam occisor puniendus est. At noster eum habuit. E.R. majorem procedere, in eo qui sponte, nec provocatus & justo dolore commotus ad occidendum venit. 2. Opp. *l. 1. C. de mend. servor, l. sed & si qu: mcunq, §. si magister ff. ad l. Aquil.* Sed à scopo aberrant, ideoque ut casus diversi, non ut contrarii censendi sunt.

XIII.

An is, qui Titium *interficere voluit*, Sempronium *errore interfecerit; Pœna L.* Cornel. *coercendus sit? Ajo.*

l. scientiam. §. qui cum aliter. vers. sed si defendendi. ff. l. Aquil. l. eum qui nocentem §. si injuria ff. de injur. l. quoniam multa. C. ad l. Jul. de vi publ. l. 20. C. de furt. l. 5. §. 1. de ser. corrup. Sufficit enim dolus in genere, licet error sit in persona. *d. l. cum qui nocentem. §. si injuria.* Facit ad hoc plurimum *l. si quis. §. qui abortionis ff. de pœn.* ubi disponitur; quod is, qui amatorium poculum alicui præbet, summo supplicio, adeoque morte mulctandus sit, si homo inde perierit; cum tamen, qui amatorium poculum dat, tantum abest, ut mortem inferre velit, ut illi ipsi etiam, cui poculum præbet, obesse nolit; Imo etiam animum ejus ad se pellicere, & ad usus suos amoremque adjungere cogitet, nihilominus tamen puniendum eum esse secundum finem; Secutum *JCtus* respondit, nulla nimirum alia de causa, quàm quod rei illicitæ malique exempli dederit operam; Nervosè etiam brevibus tamen in *Electoralibus constitutionibus, p. 4 c. 3. fol. (mihi) 466.* hujus rei ratio redditur, quod nimirum negari non possit, homicidium lege tàm divina quàm humana prohibitum in casu hoc illicito commissum esse. Et eleganter *Vasqui Illust. controvers. 3 c. 96. n. ult. fol. (mihi) 845.* homicidium (*inquit*) fecit re & animo; quod re fecerit, pro constanti ponimus; quod fecerit animo, probatur: Nam iste habuit animum homicidium faciendi. & licet noluerit me occidere, te tamen nihilominus occidere voluit; Nam lex homicidium in quacunque persona factum punit. Undè cum re & consilio sit factum homicidium, licet extrinsecus sit erratum, id non impedit pœnam homicidii. Et sanè, si is qui cum telo ambulaverit hominis

nis occidendi gratia, licet non occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur. Ergò multò magis eadem pœna tenebitur, qui cum telo ambulavit hominis occidendi gratia, & simul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verum est prius Ergò & posterius. Probatur antecedens ex *l. is qui cum telo. C. ad l. Cornel. de Sicar.* Consequens verò patet, quia posterius magis est delictum, quam prius. Contrarium multi iique magni nominis interpretes tradidere, quos refert & sequitur *Menoch. cas. 324. Thessaur. decis. 243.* qui tale adfert argumentum: Homicidium, quod sine dolo fit, sed casu tantum & culpa non punitur pœna ordinaria, sed extra ordinem. Sed clarum huic non fuisse animum *Sempronium* occidendi, quo casu minuitur pœna, ut per *Clar. in § homicidium. n. 3.* licet fuerit animus, quoad Titium. Sed facilis huic argumento ex superioribus est responsio: Hæc scilicet, homicidium sine dolo commissum non esse; ideoq; per inversionem rectissimè in ipsos retorqueri poterit. 2: Opp. *l. si cum servo ff. de Injur.* R. eam in proposito non obtinere: loquitur enim de eo, qui servum suum verberare voluit: adeoque rei licitæ dedit operam. At in casu nostro rei illicitæ operam dedit, quia hominem interficere cupiebat; merito si alium interfecerit, tenebitur. 3. Opp. Error & casus excusant à pœna capitali *l. eum autem 23. § excipitur. ff. de adil. edict.* Sed in casu nostro errore Sempronium interemit. E. R. majorem procedere, si nec dolus in genere vel in specie adfuit. At in casu nostro in genere adfuit, licet in persona erratum sit, quod sufficit, cum in pœna legis Corneliæ non habeatur consideratio qualitatis occisionis, sed id tantum, an hominem occidendi animum habuerit, *l. 1. ff h. t.* Cætera quæ obstare videntur, vide apud *Thoming. decis. 38.*

XIV.

Num is qui socerum, vitricum, privignum, generum vel nurum, similesvè interemerit, pœna parricidii teneatur?

Valerii Maximi interpres *Oliverius Arreganensis* ideò animalia in *l. 9. in pr. ad L. Pomp. de parric.* expressa adhiberi putat, quia

quia gallus ſerpentem, ſerpens ſimiam, ſimia hominem inſequatur: Severitatis pœnæ ratio ex eo ducitur, quod *Val. Maximus lib. 1.* dixerit, pari vindicta parentum & Deorum violationem expiandam eſſe, quæ & ipſa efficit, ut quam ſtrictiſſimè fieri poſſet, eam coarctemus. Qui alias perſonas (*inquit JCtus*) occiderint, præter matrem, & patrem, ac avum, & aviam, quos jure majorum puniri diximus, capitis pœna plectuntur, aut ultimo ſupplicio mactantur. *l. 9. §. 1. ad l. Pomp. de Parricid.* qua in ſerie cum ſupradictæ perſonæ non recenſeantur, veroſimiliter tanti ſupplicii gravitatem ab ipſo avertamus, cum & Lege Pompeja de parricidiis, cautum reperiatur, ut qui ſupra dictas perſonas occiderit, ea pœna, quæ eſt Legis Corneliæ de Sicariis, teneatur. *l. 1. ff. eod.* Atq; hæc ſententia obtinere poteſt, ſi in §. *alia deinde lex. Inſt. h. t. ex Hotoman. Mynſing.* pro verbo *Affinitatis*, ſubſtituerimus, *Affectionis*: quam lectionem nonnullorum Codicum fides confirmat, & reſcriptum *Conſtantini in l. unic. C. de his qui parent. vel liber. occid.*

XV.

Ceſſat quoq; parricidii pœna in eo filio, qui parentem patriæ proditorem interfecerit.

L. minimè. ff. de Relig. & ſumpt. funer. quod & probat *Cicer. 3. offic.* Quid ſi tyrannidem (*inquit*) occupare, ſi patriam prodere conabitur pater, ſilebitur filius? Imo verò obſecrabit patrem, ne id faciat: ſi nihil proficiat, accuſabit, minabitur etiam: ad extremum ſi ad perniciem patriæ res ſpectabit, patriæ ſalutem anteponet ſaluti patris; chari quidem ſunt parentes, chari liberi (ut idem in ſomnio Scipionis loquitur) affines & amici. Sed una omnium charitates complexa eſt patria: Inde potius patriæ, quàm patri naſcuntur liberi. *l. 1. §. generaliter ff. de Ventre in poſſ. mit. l. ſoror. §. plebei filius. de muner. & hon. l. Advocati. ibi: ab ordine literæ patriam parentesq; ſalvarent. C. de advocat. diverſ. jud.* Quapropter nec majores talem patrem lugendum opinati ſunt. *d. l. minimè. l. 11. §. 3. de his qui notant. infam.* Quò referri poteſt, quod legimus, *Horatium* ſponſum ſuum *Curiatium*

ab hoste interfectum lugentem interomiſſe, *Livius 1.* Interimentem verò præmio afficiendum, omnes conſtituerunt. *d.l minimè.* Atqui, *inquies*, filio accuſatio patris permiſſa non eſt. *l. hi tamen §. 1. ff. de Accuſat.* quia ipſi patris perſona ſancta ſemper eſſe debet, imo nec patri reſiſtere poteſt; nec contra eum interdictum *de vi & vi armata* intentari. *l. 1. §. hoc interdictum. ff. de vi & vi armat.* Verum hæc omnia in caſu hoc maximè flagitioſiſſimo & turpi vires ſuas perdunt, cum nec patris nomen, quod civium Romanorum eſt, amplius retinere poſſit. Huic vicina eſt Pilæi Medicenſis vetus quæſtio, *An filius interfectoris ab occiſo heres inſtitutus ab hereditate repelli poſſit, ſi mortem defuncti non vindicaverit patrem de homicidio accuſando?* Qui negativè eã decidit, quia non poteſt regulariter filius patrem accuſare. *d.l. hi tamen. §. 1. de Accuſat. l. filius. de condit. inſt.* accuſandus autem eſt interfector, ſi poteſt. *arg. l. 1. de carbon. edict. l ſi ideò. ff. de his quib ut indig.* & nos ſequimur moti illo *Epicteti*: Pater eſt *(inquit)* cura ejus agenda, ut pater malus eſt? numquid igitur natura, cum bono patre conjunctus eſt? Non, ſed cum patre. Tu igitur nummis tuum erga ipſum imple: nec quid ille agat, conſidera: ſed quibus rebus agendis tuum inſtitutum naturæ futurum ſit conſentaneum: & illo *Juſtiniani*: licet Legum contemptor & impius ſit, tamen pater eſt. *c. 2. Novell. de inceſt. nupt. Alberic. Gent. diſp. 5.*

XVI.

Num veroſimile ſit lamias ſcopis vel baculis inſidentes per aërem volitare?

Negat *Wierus* medicus non indoctus in *tract. ſuo de lamiis*, Argumenta ejus ab impoſſibili ducta ſunt, quæ refutavit *Bodin. in tract. ſuo de Dæmon. in refutat. adverſ. Wier.* multiſque oſtendere conatur, argumentum ab impoſſibili ſæpe fallere, præſertim in *præfat. ad lector.* tàm varia & multa de hiſce traduntur, ut potius fabulis anilibus quàm hiſtoriis veris adſcribi debeant. *Wieri* ſententia ex eo firmatur, quod indubitatæ fidei viri depoſuerint, eo potiſſimum tempore, quo ipſorum uxores in ludis choreiſque fu-

fuisse dicebantur, in lecto secum habuisse. *Alciat.8.παρεργ.22.* Et hujus sententiæ etiam fuisse videtur *D. August. lib.18. de civit. Dei. c. 18. Verum (*inquit*) corpus nulla arte dæmonum converti potest, sed phantasticum, quod etiam cogitando, sive somniando per rerum innumerabilium genera variatur, & cum corpus non sit, corporum tamen formam capit, sopitis aut oppreßis corporeis sensibus, ita ut vera corpora alibi jaceant, sensibus observatis:* Cujus rei exempla vide *apud Philip. Camer. meditat. historic. c.72.* Ob mentis itaque imbecillitatem, ob corruptam Phantasiam à diabolo persuasione & præstigiis elusæ, somniisque diabolicis pressæ qualicunque mala vel cogitatione, vel imprecatione, vel intuitu, vel re ludicra designare se aut efficere putant, cum tamen nihil effectum, aut si quid appareat, diaboli id opera perfectum censeatur; Conventicula harum muliercularum, & choreas cum dæmonibus ducentes valde urgent adversarii; Sed phantastica esse, *Alciat. d. loc ait.* Neque tamen ex hisce rectè concludit *Wierus* Lamias puniendas non esse. Quid enim licet ipsæ nihil istorum, quæ ipsis adscribuntur, efficiant, tamen propter scelestissimum & abominabile fœdus, quod cum hominum omnium infensissimo hoste Diabolo pangunt, *Christo* salvatori unico renunciant meritis, nec sat condignis pœnis affici possunt. Si enim gravissimum reputatur scelus in Majestatem Imperatoriam delinquere, quantò magis erit hoc, quod in summam & supremum DEUM committitur, certè ut divina humanis, ut æterna caducis, ut cœlestia terrenis, digniora & præstantiora sunt, ita & hoc delictum eò gravius nemo inficias ibit.

ADDITIO.

Lambertus Danæus *in Dialog. de Venef. c.2.* Veneficos esse eorundemque effectus commonstrat. Tres, *inquit*, sunt universum rei alicujus comprobandæ modi. 1. Authoritas. 2. Rerum experientia. 3. Recto animi judicio utens atque innixa ratio. Authoritas est cùm sacrarum literarum, cùm Hominum: Illorum extat *Deuteron. c.18. Hierem. c.27. vers.9. Mich. c.5. vers.12. Psal.58. vers.8. Paul. ad Galat.3. vers.1. & cap.5. vers.20. Sap. c.12. vers.4.*

Horum, *apud Augustin. in Sermon. 207. de Tempor. Trithemium Abbat. Sponsum*, qui ea de re integrum librum edidit. *Virg. Eclog. 8.*

Has herbas, atque hæc Ponto mihi lecta Venena,
Ipsa dedit Mœris, nascuntur plurima Ponto.

Item:

Atque Satas alio vidi traducere messes.

Quod experientiam attinet, omnibus ætatibus observatum est, veneficos fuisse. Cur enim leges de iis latæ, si non essent. Est de iis vetus Lex 12. Tabular. de qua *Plin. lib. 28. natur. hist. 2.* Est novior Constantini *in l. 4. C. de malef. & mathem.* Leonis *Novell. 65.* & comprobant infinita illa exempla, quæ recitat *Bodin. in sua dæmonian.* Ex recta ratione sic comprobat. Ubicunque vera & efficax alicujus rei causa adest, ibi effectum sequi necesse est; exempli causa. Ubicunque sol est, illic quoq; lumen & dies est, quia utriusq; vera & efficax causa Sol est. Satan autem horum veneficiorum proculdubio causa est. Ille autem & voluntatem & potestatem una habet ejus mali perpetrandi, & ad illud homines attrahendi & sibi addicendi. (Conceditur enim illi hæc potestas à Deo justo in homines istos rebelles judicio) E. dubitandum non est; quia eos sibi lucretur & impellat ad id sceleris: quod latius is persequitur.

XVII.

Veneficii indicium fallacißimum est, quod ex sagarum confeßione, quà alias sui criminis socias asserunt, desumitur.

De eo enim (*si historicis credimus*) non ambigendum est, sagas à dæmonibus, de loco ad locum transportari: sicut ex contrario & illud dandum, interdum tantùm spectra fœminarum in ludis, & choreis hujusmodi spectari. Nam historiæ fide dignæ testantur, uno eodemque tempore fœminas fuisse visas in locis à se invicem remotissimis; Quod cum per rerum naturam non

non contingat, huic indicio fraudis pleno, fides non erit adhibenda. *arg.d.l.3 & d l.8.§.un.C.de quaest.* Nec jus permittit, ut is, qui de se confessus est, torqueatur in aliorum caput. *l.repeti.16.§.1.ff.de quaest.* Rationem hujus reddit elegantissimam Paul. ICtus *lib.1.sent.tit.17.§.7.his verbis*: qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit.

XII X.

In quibusdam tamen locis receptam per aquam frigidam explorationem improbamus.

Quia fallibilis est; Et per consequens. *l.final. C. de probat.* Cur sic aquae superficiei utplurimum istae mulierculae inhaereant, rationes varias reddunt Physici. *Goclen.* illam adfert, id fieri propter aeream, ideoque levem diaboli aspirationem, qua corpus sagae, quod sua natura grave est, tale manet, quasi suffulcit, cohibet & coërcet, ne submergatur. Et ut in aquam injectus uter non potest mergi, quamvis magna superinjecta gestar pondera, etsi etiam pondus ipsum depromit, aër tamen inclusus rursum sublevat eum & attollit. Ita Sagae corpus, sua natura deorsum nitens, vi spirabili, quam Daemon occultè afflat, quasi libratur & gestatur, ut in aquae extrema sine periculo suffocationis possit fluitare.

ADDITIO.

Novissimè de hac per aquam frigidam exploratione benè tractat *Petr.Heg.p.2.q.39.* eamque ex numero legitimarum probationum rejecerunt: *Damhoud.* in pract. crim. c. 43. *Beust.* ad rubr. de jurejur. n. 204. *Daniel.Venator.* annal. quaest. in pr. lib. 5. tit. 35. *Godel.* lib. de mag. c. 4. n. 76. *Borcholt.* de Feud. c. 7. n. 52.

XIX.

Largum cruorem ex cadavere occisi, aliquo de homicidio suspecto accedente, proni fluentem sufficiens ad torturam indicium praebere, communiter invaluit, quae opinio insontem

quenq; in capitis discrimen adducere posset.

Meritò igitur reprobatur: cum ad veritatis investigationem à tormentis initium sumere prohibitum reperiatur; & tunc demum indagandæ veritatis gratia quæstioni pateat locus, quando reus verisimilibus probabilibusque oppressus est argumentis, quæ ex aliquâ extrinsecâ, ac nobis cognitâ caussâ proficiscuntur *l.3.& l.milites 8.§.unic.C.de quæst.l.unius.18.§.1.& l.maritus 20.post med.ff.eod.* Hoc autem judicium hujusmodi esse, neutiquam dici potest: quippe cùm illud ex causis homini etiam sapientissimo incognitis, & valdè remotis proveniat; naturalibus enim causis hoc signum demonstrari nequit: cum corpora mortuorum exanguia sint, nex ulla vis cadaveri frigido, que egerere sanguinem valeat. Quapropter, cum dubium planè, & incertum sit, an divinitus, vel dæmonis cujusdam præstigiis, & illusionibus cursus ille cruoris moveatur, pro indicio ad torturam idoneo judicari non debet: Satius enim est, impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare *l.absentem. 5.in pr.ff de pœnis.*

XX.

Conclusionis loco quæro, cur de publicis criminibus transigere permissum sit?

Occasione hujus conclusionis inductus, nobilem illam & tot scriptorum laboribus nobilitatam constitutionem *l. Transigere. C. de Transact.* in peculiarem Disputationem subjicere placuit.

APPEN-

APPENDIX

EXERCITATIONNM JUSTINIANEARUM.

Ex

L. Transigere. C. de Transactionibus desumpta.

RESPONDENTE

ADAMO ZBOZI ZAKRZEWSKY Polono Equite.

THESIS I.

QUi transigit; quasi de re dubia, & lite incerta, neq; finita transigit. Qui verò paciscitur; donationis causa rem certam & indubitatam liberalitate remittit.

Lex Ulpiani 1. de transact. Consentiunt βασιλ. lib. 11. tit. 2. fol. (mihi) 143.

2. Ex quo loco communis ad hanc l. orta est interpretatio, ut is dicatur transigere, qui non gratis de re incerta paciscitur; Pacisci, qui gratis de re certa.

3. Displicuit *Duar. in l. 1. §. conventionis de pact. Ruffard. in d. l. 1.* qui aliam verborum interpunctionem statuunt, ut sc. verba DONATIONIS CAUSA, jungantur cum verbo PACISCITUR, non ut vulgò cum verbo REMITTIT: Atque ita rectè eos sentire scribit *Don. ad rubr. tit. C. de transact. n. 12.*

4. Credo *communem* opinionem nimis evagare, & interpunctionem *Duareni* non esse necessariam.

5. Nec enim sublimis ingenii *Ulpian.* cujusvis pacti & transactionis differentiam collimavit, sed ejus saltem, ut ex oppositione transactionis liquidò apparet, per quod à lite receditur.

6. Ut sensus sit: Eum transigere, qui mota lite non gratis desistit. Pacisci verò, qui gratis litem futuram remittit.

7. Nec quempiam turbet: Litis eventum dubium dici *l. quod debetur 51. de pecul.* Ulpianum verò loqui de pacto rei certæ & indubitatæ Nam, *ut diximus*, de futura lite loquimur, quo spectat verbi REMITTIT acceptio, quæ certa & indubitata animi destinatione esse poterit.

8. Qua veluti præmunitione constituta dicimus: TRANSIGERE, sc. mota lite, & non gratis, vel PACISCI, de futura lite & gratis, DE CRIMINE CAPITALI, EXCEPTO ADULTERIO PROHIBITUM NON ESSE: IN ALIIS AUTEM PUBLICIS CRIMINIBUS, QUÆ SANGUINIS PŒNAM NON INGERUNT, TRANSIGERE NON LICERE, CITRA FALSI ACCUSATIONEM.

d. l. transigere 18. C. de transact.

9. Græci duas ejus constitutionis regulas faciunt. *lib. βασιλ. 11. tit. 2. c. 1 n. 26.* De his *(inquiunt)* quæ sanguinis pœnam irrogant, rectè transigimus, excepto crimine adulterii. Quæcunque verò pœnam sanguinis non ingerunt, in iis transactio non valet, citra crimen falsi.

10. Quas commodioris ordinis gratia recipimus, utramq; suis decoratam quæstionibus, quantum instituto nostro satis videbitur, propositituri.

11. Prima ergò hæc sit regula. DE HIS QUÆ SANGUINIS PŒNAM IRROGANT, RECTE TRANSIGIMUS, EXCEPTO CRIMINE ADULTERII.

12. Fran-

12. *Franciscus Hotomannus*, quem hominem eruditum, & omni literarum genere excultum alibi nominat *Duarenus*, nisu haud probabili novam quandam hac in re τὴν νομικὴν opinionis errore confingēs, putat regulam prædictam omninò immutandam esse.

13. *Et d.l. transigere.* contextum aliter ac vulgo solet, concipi debere: hoc sc. modo. TRANSIGERE VEL PACISCI DE CRIMINE NON CAPITALI, EXCEPTO ADULTERIO, PROHIBITUM NON EST. IN ALIIS AUTEM PUBLICIS CRIMIMIBUS, QUÆ SANGUINIS POENAM INGERUNT, TRANSIGERE NON LICET CITRA FALSI ACCUSATIONEM.

14 Rationes, quibus inductus regulam nostram impugnat, hæ sunt:

1. Quia lædi Respublica per ejusmodi pactiones videtur, cum ejus intersit, atrocia & capitalia crimina puniri. *l. ita vulneratus. 51. §. ult. ad l. Aquil.* 2. Quia qui accusationem deserit, in SCtum Turpilianum incidit, ex *l. 6. l. 16. ad SC. Turp.* cujus pœna est infamia, mulcta pecuniaria, & extraordinaria coërcitio. *l. 2. C. eod. l. 3. de pravar.* 3. Quia qui accusant, cavent se perseveraturos usq; ad Sententiam, & pœnæ Talionis subjiciuntur. *l. si cui. 7. de accusat. l. fin. eod.* 4. Quia de publicis causis inhibita est transactio: De iis enim reb. pacisci tantum possumus quæ (*ut Ulp. ait*) ad rem familiarem pertineat. *l. 7. §. si paciscar. de pact.* 5. Quia qui ob non accusandum pecuniam accepit concussionis tenetur *l. 2. de concuss.* & quasi turpem quæstum fecerit, ab accusatione removetur. *l. qui accusare. 2. de accusat.* 6. Quia cum reus adversario pecuniam dat in causis aut publicis aut privatis, litem perdit, *l. 2. de condit. ob. turp. caus. l. 1. §. 2. de calumniat. l. 1. C. de pœn. jud.* 7. Quia qui pecuniam dat, crimen confiteri videtur. *l. 5. de his qui not. infam.* non est confessi (*Ovid. 2. de Ponto eleg. 2.*) causa tuenda rei.

Virg. 2. Æneid.

15 ——————Qui quantum ipse feroci
Virtute exuperat, tanto me impensius æquum est
Consulere, atq; omnes metuentem expendere casus.

16. Prudens *Platonis* monitum est: Mutationem omnibus in rebus, præterquam malis, periculosissimam esse in tempo-

ribus omnibus, inventis, in diæta corporis. In moribus animorum.

17. Addo in Legibus; quæ tanto sollicitius sartæ & tectæ conservandæ sunt, quantò majus ex earum mutatione in hominum societate & Republ. periculum oriri possit.

18. Unde quæsitus aliquando *Pausanias*, *Plistonactis* filius, quamobrem apud *Spartanos* nefas esset, ullam priscarum novare legum? Rectè respondit: quoniam legibus convenit autoritas in homines, non hominibus in leges.

19. Ratio autem constituti Juris est, quoniam tenenda ea est via, *ut Seneca verbis utar*, quam natura præscripsit, nec ab illa declinandum: illam sequentibus omnia facilia & expedita sunt: contra illam viventibus & jubentibus, non alia via est, quam contra quasi flumen navigantibus. Natura autem duce insitum cuique scimus, ut se suumque corpus tueatur, & quæ nocitura sunt, declinet. *l. 3. ff. de Iust. & Iur.* suumque sanguinem, quibus potest modis, redimat. *l. 1. de bon. eor. qui ante sent.* Ea igitur legis norma quod *Cic. 2. de ll.* jubet, erit, à qua si quis deflectat, ab illa ipsa principiorum, quæ nobiscum nata sunt, notitia deflectere fateatur, necesse est.

20. Quin si hanc in criminibus capitalibus transactionem averseris, inconveniens hoc sequetur. Reum videri sibi ultrò manus quasi intulisse, & suo semetipsum jugulasse gladio, confitendo quasi delictum. Jus autem quod ars æqui & boni est, neminem in spontaneum exitium egisse aut circumvenisse putandum erit. *Conan. 5 comment. 7. n. 2.*

21. Neque id primum à *Diocletiano & Maximiano d. l. transigere*, autoribus constitutum est; Verum jam ante responsum ab *Ulp. in l. final. de prævar.* & ab *Impp.* decretum in *l. 1. de bon. eor. qui ant. sent.* ita ut si in *d. l. transigere.* constitutione licentiam corrigendi & immutandi tibi sumpseris, eandem quoque in dictis legibus, quod temeritatis & vanitatis summæ fuerit, assumas consequens planè erit.

22. Nec in contrariam nos rapient opinionem viri docti argumenta.

Quod enim 1. de delictis adfert puniendis, ad nos minimè pertinet; Nec enim per transactionem aut pactionem impunitatem delictorum foremus. *Ovid.*

Ovid. 2. Fastor.

Ah nimium faciles, qui tristia crimina cædis
Fluminea tolli posse putatis aqua.

Quin etiam de eodem crimine accusare cuivis è populo permittimus. *in pr. Inst. de publ. judic. l. 3. §. penult. de sepulch. viol. l. qui casu §. fin. ad l. Iul. de vi pub.* ac magistratui de officio contra ipsum procedere concedimus; adeoque,

Manil. lib. 5.

Quæsitor scelerum veniet, vindexq; reorum,
Qui commissa suis rimabitur argumentis.

Commune enim hoc est omnibus pactis & transactionibus, ut personas paciscentium non egrediantur, aut aliis præjudicent. *l. si reus. §. ante omnia. de pact.* ut sic multis modis etiamnum ad pœnam deveniri possit. Eleganter *Chrysost. super Matth. c. 1.* Reus (*inquit*) etsi semel evaserit, potest iterum perire. Quod secundo loco opponitur *ex l. 6. & l. 15. ad Turpil.* facillimè ex conjunctione *d. l. final. d. prævaricat.* resolves; qui destitit, in SCtm. Turpil. incidit. *d. l. 6. l. 15.* nisi causa sanguinis vertitur. *d. l. fin. 3.* Objectio Regulam continet *ex l 7. §. 1. de accusat.* Cui addenda hæc est exceptio *nisi partes transegerint.* Nam si ejus generalitatem urseris, sequeretur ne quidem abolitionem concedi posse, quod tamen falsum est. *l. 15. ad Turpil. & tot. tit. C. de abolit.* Quarto loco positum objectum nos confirmat, quia non transigitur de publicis causis, sed saltem jure privato, quod accusatori competit. Atque sic ex Ulp. doctrina de causis ad rem familiarem pertinentibus interposita est pactio *d. l. 2. §. si paciscar. de pact. 5.* Objectionis vis ex eo corruit, quod non *d. l. 2. d. concuss.* de sanguinis causis loquatur sed de non capitalibus: Consentiunt *l. 1. §. 1. l. 2. de calumniat. l. 1. §. 1. ad l. Cornel. de fals.* Eodem modo resolvitur quod pro sexta objectione allatum est ut apparet ex *l. 1. C de pœna jud. l. 2 ff. de condict. ob turp caus. d l. 1. §. 1. de calumniat.* Ultima objectio resolvitur ex favorabiliore præsumptione, Reum sc. litium & molestiarum gratia, non conscientia facti criminis transegisse censeri. Loquitur ergò *d. l. 5. de his qui not. infam.* ut indicat *l. 4. §. fin. eod.* de non capitalibus.

 23. Qui-

23. Quibus ita discussis; Primum quæritur, Quid *criminis capitalis* in l. nostra appellatione veniat?

24. Et quidem notum est, *crimen capitale* plerunque dici, cujus pœna Mors est: aut ei comparanda servitus, aut exilium. Ut enim morte quis ex numero hominum tollitur, sic duobus posterioribus, ex numero civium Romanorum tollitur, & civitati pro mortuo est.

l. 2. de publ. judic. l. 33. §. publica. de procurat. l. 2. de pœn. l. 23. de bon. possess. l. 4. si quis caut. l. 14. § demum. 15. de bon. libert. l. 10. de jure Patronat. l 33. §. pen. de fidei commiss. libert. 10. §. si libert. de in jus vocando. l. 5. §. si quis à libert. de liber. agnosc. l. 22. de his quæ ut indign. l. ult. de bon. lib. l. 11. §. ult. de pœn. l. 1. l. 23. §. excipitur. de adil. edict.

25. Non ignoro quoque latinè loquentibus omnem caussam existimationis capitalem dici.

l. 103. de V. S. ut apparet ex Orat. Cic. pro Quint.

26. At in *l. nostra* pro eo crimine accipitur, per quod mors infertur, ut argumento sunt verba sequentia; *Quæ sanguinis, &c.*

27. *l. 1. de bon. eor. qui art. sent. l. fin. depravaric. l. fin. C. de Juda.*

27. Facit, quod inferendis pœnis, proprietas sermonis maximè sit attendenda. *l. eum lege. de testam.* Ideò *Caracal. Imp.* cum magnum illum *Papinianum* gladio feriri jussisset, isque securi percussus esset, meritò lictorem objurgavit; Oportuit, inquiens, te gladio exequi jussum meum. Nemo autem tàm rerum ignarus est, qui sanguinis pœnam propriè ad mortem naturalem, quam *Aristot. in lib. de morte* recessum animæ à corpore finivit, spectare nesciat.

28. Hinc lucem capiunt plurimæ circa *l. nostram* tractari solitæ Quæstiones.

I.

An regula nostra in fustigatione obtineat.

Jul. Clar. §. fin. q. 58. n. 2. dicit affirmativam communem esse, quia per fustigationem sanguis emittitur, & capitalis pœna esse videtur. *l. aut damnum. §. hostes. de pœn.* Roman. *in h. l. n. 9.* dicit negativam esse communem; Quam sequor, per tradita in *th.*

tit. 24. & 26. Necullibi fustigatio pro capitali pœna accipitur. Accedit, quod Pontifices hac pœna utantur, *c. 1. de calumn.* qui tamen sanguinis pœnam non possunt infligere. *c. in Archiepiscopatu. ext. de raptoribus. c. Sententiam sanguinis. Ne Clericus vel Monachus, &c.*

Non Obstat. I. Argumentum contrariæ opinionis, quoniam non sanguinis effusionem, sed mortem consideramus. Non alterum *ex d. l. aut damnum. §. hostis*, quia loquitur de ea fustigatione, quam mors sequitur, ut cum milites fustiariè puniuntur, *Alexander ab Alexan. 2. genial. dier. 13.* quod supplicium hunc ordinem habuit, si miles aciem reliquisset. Tribunus accepto fuste damnati caput attingebat, quod postquam factū erat, omnes qui in castris erant, fustibus lapidibusque eum conficiebant. *Roding. lib. 10. c. 5.* Olim quidem in principio urbis pro delictis gravioribus, si pœna mortis reis infligenda esset, virgis primum affecti, post necabantur. *Livius decad. 1. lib. 2.* de Bruti Consulis filiis agens inquit: Consules in sedem processere suam, missique lictores ad sumendum supplicium, nudatos virgis cædunt, securique feriunt. At postquam *M. Portius Cato* legem tulit, ne quis civis Romanus verberibus necaretur, sed ex delicto in exilium mitteretur fustigatio saltem in non morte dignis delictis mansit, exceptis casibus, quorum unus est *in d. l. aut damnum. §. hostes. d. pœnis.* Alter ex *l. 12.* Tabb. *in eo* Qui Occentasit Casmenue conduit Quod Alteri Flagitium Faxit. De quo clariss. *Scipio Gentil. 2. παρεργ. 30.* Quo spectat *Horat. 2. Epist. ad August.*

——————Quin etiam lex
Pœnaq; lata, malo quæ nollet carmine quenquam
Describi. Vertere modum formidine fustis.

Licet DD. *Scipio* non pœnam legis nomine fustis, sed privatam vindictam intelligat. Puto tamen rectius & Poëtæ menti convenientius esse ad fustigationem lege constitutam, totum id referre, quod & *Acron* voluit; Nos autem in quæstione proposita loquimur de simplici fustigatione, quæ mortem secum non trahit, de qua passim ICti agunt. *l. existimatio. 5. de var. & extraord. cog. l. ult. de furt. l. ictus fustium. de his qui not. infam.*

II.

29. *An in membri mutilatione?*

Communiter affirmatur. *Cyn. Alber. Paid. hîc Clar. d. loco. n. 7.* quia membri mutilatio capitalis pœna esse dicitur. *N. 122. c. ad hoc prohibemus.* Displicet per *thesin. 24. 26.* Nam membro amputato homo nihilominus manet incolumis, qua de re agunt *Alciat. in l. 103. n. 3. de V. S. Menoch.* arbitr, jud. q. 86. n. 9.

III.

30. *An in in pœna perpetui carceris?*

Affirmat *Panor. in c.* d. 1. colluf. deteg. Quoniam pœna perpetui carceris æquiparatur servituti *l. 2. de lib. hom. exh.* Servitus autem morti similis est. *l. servitutem. de R. I. Stat contra Panor.* communis conclusio; quam sequor. *Paid. n. 15. hîc.* Cum ex juris Civilis constitutione carcer non ad macerandos vexandosque homines, sed continendos saltem inventus sit. *l. aut damnum de pœn.* ut dum in suspenso animus judicantium est, rei delati sint sub tuta custodia. *l. 1. C. de custod. reor.* Quare pœnali judicio coërcetur, qui victum vel stratum reo inferri nō pateretur *l. si victum. 34. ff. de re jud.* Nec ad infamiam carcer sufficiens sit. *l. 1. ex quibus causis infam. &c.* Non officit, quod non uno loco carcer pœna appelletur *l. 2. C. de custod. reor. l. 3. ff. eod l. 1. §. fin. de aleat. l. 28. §. ad statuas de pœn.* quoniam ex *Platonis* sententia, si carcerem alium detentionis, alium castigationis, alium supplicii cōsideraveris, res expedita est: Benè *Petr. Gregor. Tholos. 31. syntagm. 33. n. 14.* quamvis nec eo in casu, cum pœna carcer sit, transactio possit obtinere. *arg. d. sup. in th. 24. & 26.*

IV.

31. *An in causa honoris?*

Affirmant *Aret. & Purpurat.* I. Quia hæc causa capitalis est. *l. licet. 103. de V. S.* II. Quia vitæ comparantur. *l. justa. de manu.*

manu. vind. eleganter *Augustin. in c. non sunt audiendi 11. p. 3.* nobis necessaria est vita, aliis fama nostra. Negant *Alciat. nu 43. Paid. num 34.* hic: quoniam propriè loquendo famam secum vitam non trahit, & vita semel amissa recuperari nequit. Fama etsi difficilius, *ut Hieron. ad Marcel scribit*, tamen rumor falsus tandem opprimitur, & vita posterior indicat de priore, si anno praeterito fama mentita est, aut certe verum dixit, cesset vicium, cessabit & rumor.

V.

32. *An ubi pœna non est expreßim determinata, sed judicis arbitrio imponenda venit?*

Quæstionis hujus decisio pendet ex eo, An judex in arbitrariis ad pœnam mortis procedere posit? *Manil. in disput. 3. n. 14* dicit, id Cæsarea decisione egere. Pro negativa sic arguit. *Felin. in c. inquisitionis. de accusat.* non est dare majorem pœnam morte, juxta illud: Terribilium ultimum est mors; At judex habens arbitrium, non potest imponere æqualem pœnam pœnæ similis delicti. Ergo nunquam pœnam imponet mortis, quia esset imponere æqualem. Puto judicem diligenter circumstantiis consideratis, posse ad mortis pœnam procedere, si delicti gravitas id postulaverit. *l. respiciendum l. hodie de pœn.* Casus est in *l lex Iulia. §. hodie ad l. Iul. repetund. l. Saccularii §. sunt quædam de extr. crim. l. 12. C. de his qui latrones occult.* Ex quo nunc ad propositum facilis erit responsio, si verosimiliter ex delicti atrocitate veniat infligenda capititis pœna, licita erit transactio, alias non item.

VI.

33. *An in parricidio?*

Nemo equidem à me lectus hoc negare ausus fuit, plurimi tanquam ad regulam pertinent, silentio involvunt. Credo propter criminis gravitatem omninò negandum esse, quæ vel hinc constare potest, quod ille ex septem Græciæ Sapientibus & Atheniensium Legislator Solon interrogatus, cur nullam in parricidas pœnam constituerit? Respondit: se non existimare talem reperire posse, qui eo se inquinaret crimine.

Unde

Unde divinitatis nomine insignis *Plato* d.l. scribit: Si possibile esset sæpius aliquem mori, justissimum esset sæpius parricidam interfici. Hinc apud Romanos pœna ejus sceleris gravissima manavit, de qua in §. *alia deinde. Inst. de publ. judic. l. pœna parricidii ad L. Pompej.* Quam explicat *Cicero pro S. Roscio Amer.* Deinde jure nostro satis firmiter provisum est, conscios ejusdem criminis pœna parricidii afficiendos esse. *l. 2. l. 6. ff. ad L. Pompej. de parricid.* Qua itaque fronte transigent? Semper enim id manet, conscios criminis eos esse. Quin communiter, nostri tradunt, in læsæ Majestatis divinæ crimine transactionem omninò illicitam esse. *Cyn. Paid. & alii in h. l.* Vide *Hieronymum epist. 32. Job. 34. Matth. 12. Marc. 3.* Ergò & in parricidio; quam consequentiam nectit *Valer. Maxim.* qui pari vindicta Deorum ac parentum violationem expiandam statuit. Quò spectat dictum *Aristot. 9. Ethic.* Diis, Parentibus & Præceptoribus non potest reddi æquivalens. Adde *Senec. 9. contr. 4.*

34. *Quæritur: Num accusatori quoque transigere liceat?*

Negat id *Hotom. d. q. 23.* motus arg. *l. de accus. l. qui accusare de accusat. l. 3. C. de contrah. stipul.* Affirmat *communis schola Dd.* Quia & similitudo supplicii ipsum manet. *l. ult. C. de accusat.* Quo fundamento ne utamur, iidem faciunt; quia crebriore calculo tradiderunt, pœnam talionis in usu esse desiisse. *Alciat. 8. παρεργ. 2. Clar. 5. sentent. §. ult. q. 81.* quod & videtur innuere, *Gell. 20. noct. Attic. 1.* & ex plurimis tradit *Menoch. 312. n. 5.* Quod si verum est, nescio qua ratione accusatori transigere concedimus, cum in ejus persona ratio admissæ transactionis non obtineat, de qua *in l. 1. de bon. eor. qui an sent.* & non inconsultus calor, sed benè perpensum judicium ipsum ad accusandum impellat, cum è converso trepidus reus ex improviso ad ipsius nutum in judicium trahatur, juncta ratione *d. l. 1.* communis sententia vera est.

35. *An & ante institutam actionem pactio permissa sit?*

Negant communiter, ut post *Alexand.* hic testatur *Clar. d.*

§.*fin.q 58.n.2.* Affirmand est: Quia si sit verosimilis malæ sententiæ metus, obtinet ratio *d.l.1. de bon.eor. qui ante Sentent.*

36. *Sequitur exceptio quam* Diocletian. & Maxim. *in crimine ADULTERII constituunt.*

Ratio dubitandi permagna. I. De criminibus capitalibus permissa est transactio. Adulterium autem capitale est; idque quidem *ex l. Romuli.* cujus verba hæc esse accepimus: *Adulterii convictam vir & cognati, uti volent, necanto.* Balduin. *in comment. in leges Romuli. l. 15.* licet eum secutus. *Numa Pompilius, si Festo Pompeio lib. 4. de V.S.* credimus, aliter de adulteriis constituerit. Verba legis hæc ex *Gellio 4. noct. Attic.3.* refero Pellex asam Junonis ne tangito. Si tager Junoni crinibous demissis arnum fœminam caideto: Utraque lex de fœminis concepta est, quod ratione non caret, quia in iis juxta mores hominum plus castitatis, quàm maribus requiritur, quod pulchrè confirmat *Cornel. Agrippa in libello de nobilitate & praecellentia fœminei sexus, &c. Versiculo: Porrò natura plus verecundiæ, &c.* Quo spectat Lex vetus de jure occidendi mulieres: In adulterio, *inquit*: Uxorem tuam si depræhendisses, sine judicio impunè necares; illa si adulterares digito non auderet contingere: neque jus est *Gell. 10. noct. 25. Att.* neque in urbe ad Augustum: neque certa de viris lex constituta videtur. Quod ut credam *Cic.2.* de LL facit; nec si, *inquit*, regnante Tarquinio, nulla erat Romæ lata lex de stupris. Idcircò non contra illam legem sempiternam *Sextus Tarquinius* vim *Lucretia Tripticini* filiæ attulit, &c. Non ignoro extra ordinem interdum in viros animadversum esse. Unde *Jul. Cæsar.* libertum sibi gratissimum ob adulteratam equitis Romani uxorem, quamvis nullo accusante capitali pœna affecit, ac de lege certa nos agimus *Valer. Maxim. lib. 6. c. 1.* quin nec mulierum eandem fuisse pœnam *ex Livio 1. dec. lib. 10.* constat. Augustus verò Imp. huic crimini in sexu utroque pœnam constituit capitalem. §. *item l. Julia de adulter. Inst. de pub. jud.* Confirmat *Plutarch. in Apophth.* quamvis pœnam non exprimat; cum legem Juliam, *inquit*, de adulterio tulisset, in qua definitum erat; quemadmodum reorum causa cognoscenda, & quemadmodum vin-

dicandum esset in compertos: inde ira elatus juvenem ob stupri cum filia sua Julia consuetudinem infamem manibus pulsaret: vociferante illo: Legem sanxisti Cæsar, &c. & *Sextus Aur.* indicat. Cumque esset luxuriæ serviens, erat tamen ejusdem vitii severissimus ultor: more hominum, qui in ulciscendis vitiis, quibus ipsi vehementer indulgent, acres sunt, quibus inerudita eorum convincitur dubitatio, *qui Julium Cæsarem* legis Juliæ autorem opinantur, quos præter jam dictos imprimis *Sueton in August.* refutat, qui & inditum Juliæ nomen in honorem Cæsaris I. innuit. Rejicitur & ex his aliorum sententia, qui diversimodè capitalem pœnam à diversis Imperatoribus constitutam acerrimè statuunt. Nam primum mihi ab ipsis expetendum, cur textum satis clarum. *d. §. item lex Iulia* aversentur? An quia à Triboniano interpolatum? id si negavero, quid clypei loco habebunt? An quia sæpiculè legibus deportationis & relegationis pœnæ mentio injicitur? qua in re ferè sunt nostri. Sed nec hoc multum, fuit ab Augusto capitalis pœna, sed non ea semper frequentata lenitate subsequentium Imper. quam postmodum rursum non introduxit, sed languescentem & semisepultam in lucem ulumque revocavit *Constant. l. quamvis. 30. C. ad l. Jul. de adult.* & mirum si non optimus ille Poëtarum 6. Æneid.

Quiq; ob adulterium cæsi,

Pœnam capitalem intelligat, quanquam nimia interpretandi licentia aliò id flectere conati sunt plurimi, quos miror non in eum sensum multa notasse ex *Valer. 6. 4. 1.* Videtur autem nobis adversari *Augustin.* cujus hæc sunt *1. de civit. Dei c. 5.* verba; Romani antiqui in stupro detectas vestales, vivas etiam defodiebant; adulteras autem fœminas, quamvis aliqua damnatione, nulla tamen morte plectebant. Sed facilem is *ex superioribus*, ante Augustum post Romulam tempora considerando, intellectum recipit.

37. *Ratio decidendi, & prohibita de adulterio transactionis consistit* in frequentia *summa* delicti turpitudine, & *admissi* gravitate.

An-

Ante *Augustum*, Lusus erat sacræ connubia fallere tædæ, ut nescio quis ait. Non autem ignotum est, crescentibus delictis, eorum quoq; pœnas exasperandas esse; de qua *Sueton in August.* de turpitudine & gravitate summa, præterquam quod variarum gentium institutis constet, *Alex. ab Alex.* VI. Genial. dier. 1. ignotum quoq; non est, hac parte si peccetur, adulteram offendere Deos natalitios, (sicut *Pytag. in lib. de Tempor. mulier.* eleganter Philosophatur) ut quæ domui & cognationi non germanos auxiliatores, sed spurios exhibeat, quin etiam perfida est erga naturæ Deos, per quos juraverat, unà cum parentibus & cognatis suis se conjuncturam legitimo cum marito ad vitæ communionem, & liberorum procreationem. Et in patriam quoque peccat, non persistens in ejus statutis. *Phil.* quoque *Iudæus in libro de Decalogo* non minùs verè quàm eleganter ait: Adulterio tres subvertuntur familię; is cujus conjugium violatur, nuptialia vota perdidit, & spem prolis legitimæ: nec minus incommodi accipiunt reliquæ duæ domus adulteri & adulteræ: quandoquidem ambo replentur dedecore, contumelia, probrisq; turpissimis, & quoties parum integrè servatur uxoris pudicitia, verus pater cognosci non potest. Itaq; dum res in obscuro latet, adulterini subrepunt pro legitimis, alienarũ familiarum sinceritatem depravant, hæreditatem uti tunc videtur paternam, alioquin nihil ad se pertinentem usurpant. Trahit insuper adulterium secum alia nefandissima crimina, quod verbis *Auctoris ad Heren. l. 4.* confirmo Majores, *inquit*, nostri quam impudicam judicarunt, eam veneficii quoq; damnatam existimabãt: quia necesse est eam, quæ corpus suum addixit turpissimæ cupiditati, timere permultos, virum, parentes, cæteros ad quos videt sui dedecoris infamiã pertinere, quos verè tantopere timeat, eos necesse est, ut quoquo modo possit, veneficio petat. Quia nulla potest honesta ratio retinere eam, quam magnitudo peccati facit timidiam, intemperantia audacem, natura muliebris consideratam. Sanè *Lycurgus* usque adeò turpe flagitium adulterium censuit, ut neminem Spartanorum in ejus cogitationem impulsum iri crediderit; Quare & nullam de adulteriis pœnam constituit. Unde *Geradas Spartanus* à quodam hospite rogatus, qua pœna plecterentur adulteri, respondit, nullus apud nos adulter est; cum iterum hospes subjecisset, quid si existat? Dabit *inquit Geradas* tantum bovem, uti

porrecto collo ultra Taygetum montem bibat ex Eurota. Hospes autem ridens cum dixisset: At fieri non potest, ut tantus bos reperiatur: Et quo pacto, *inquit Geradas*, Spartæ esset adulter, in qua otium, divitiæ, & deliciæ, & corporis cultus probro habentur. Prudenter intellexit *Geradas*, ibi non nasci posse adulterium, ubi non admitterentur vitiorum seminaria.

38. *Quæritur, an idem in raptu dicendum sit? Affirmo.*

Et si rapuerint nuptas, quia duplici tenentur crimine, tàm adulterii (sc.) quàm rapinæ. *l. unic. §. quæ multò. 2. C. de rapt. virg.* nullum poterit esse dubium. Si virgines verò rapuerint, major est dubitatio. Sed pro nostra opinione hæc sunt ex *d. l. un.* depromta fundamenta. 1. Quia denegetur omnis appellatio, quæ est juris naturæ. *l. 3. de Just. & Jur.* nec Diabolo, ut nostris fandi mos est, deneganda, juncta ratione *l. 1. de appellat.* E. multò magis transactio. 2. Quia conscii hujus criminis capitali pœnæ subjiciuntur. Transigens autem cum raptore quin sit conscius, negari non potest. 3. Quia parentes, qui dolorem remiserint, deportatione plectuntur. E inhibita transactio, ratione *l. Gracchus. C. ad l. Jul. de adult.*

39. *In stupro.*

Scio graves viros id velle, à quibus hoc nobis expetendum est, ut primùm inquirant stupri pœnam, quæ si capitalis non est. *§. item l. Julia de adult.* qua ratione id à Regula nostra, in qua de criminibus capitalibus agitur, excipient? Notum enim nostrorum brocardicum, exceptionem de Regula esse debere. *l. 1. ibid. Decius & Dd. de R. J.*

40. *Succedit L. nostra regula altera: IN ALIIS AUTEM PUBLICIS CRIMINIBUS, QUÆ SANGUINIS POENAM NON INGERUNT, TRANSIGERE NON LICET.*

Ra-

Ratio siquidem *d. l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* in contrarium acta aliud jus omninò operari debet. *arg. l. illud. ad l. Aquil. cum simil.* Hotoman. tamen dicto loco, hanc quoque ut superiorem regulam invertit, motus *l. 7. §. si paciscar. l. si unus. 27. §. pacta de pact. itemq; l. 1. §. sed & de calumniator.* ut Ulp. ait; non esse transactionibus interdictum, sed sordidis concussionibus. *l. nec timorem. 7. §. 1. & l seq. ff. quod metus causa. l. auxilium. 37. ff. de minor.* de quibus inter disputandum.

41. *Quam rectissimè nostri ad pactionem extendunt.*

Transigendi enim verbum generale est, & ád omnes species pertinet, quibus controversiæ deciduntur, atque finiuntur. Itaque & jurejurando transigi negocium *l. 31. in fin. ff. de jurejur.* Senec. *in præfat. lib. 7. declamat.* placet, *inquit*, tibi rem jurejurando transigi. Et sententia transigi. *l. 13. §. pœna gravior. ff. de his qui not. infam. l. 1. §. sicut ad SCtm. Turpil. l. 5. ff. de decurionib l. 15 ad Municip.* ita transigi negocia accipimus *l. 2. ff si quis caut. l. 1. §. 1. de pact.* & velut pacto transegisse videtur de credito, qui contentus fuit pignora possidere. *l. 15. § pignora. de re judic.* Item transegisse videtur cum possessore; qui jurejurando litem æstimavit, eo pretio, quo ipse constituit. *l. 46. ff. de rei vind.* Pertinet ad hujus rei confirmationem *à Paulo 1. Sentent. 1.* tradita regula, ut valdè mirer nonnullos in contrarium actos esse, quibus forsan pro ratione fuit tantum illud, unius membri expressionem, alterius exclusionem esse. *arg. l. 2. de judic.* Quod facilè repelles considerata ratione. *l. Titia. 134. §. idem traditur. de V. O.*

42. *CITRA FALSI ACCUSATIONEM.*

Quod Græci d. lib. *βασιλ.* 11. explicant, ut crimen falsi excipiatur. ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις ἐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις· χωρὶς δὲ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος. Quorum

Yyyyyy 3

rum sententiam exceperunt postmodum Latini; res dependet cum ex aliis, tum præcipuè ex particulæ CITRA vera interpretatione. Non mihi nunc in eorum locorum explicationem inquirere libet, quæ à nostris pro exceptivæ significationis vi adferri solent: Sufficiet saltem observasse, quid *Imperatoribus & JCtis* regulari in usu ea significari soleat, & huic loco magis conveniat. E. cum nulla certior possit interpretandi ratio desumi, quam quæ oritur ex ejus usu qui verbum protulit: observavi ab iisdem *Diocletian. & Maxim.* vocabulum CITRA non pro *præter*, quæ exceptionis vis est, sed pro SINE usurpari, in *l. si ex pretio. 6. ibi vinculum stipulationis. C. si cert petat. l. 19. de Proc. l. 24. C. de R. V. l. 15 C. de Iur. dot.* Contendo etiam non aliter à splendidiss. *Papiniano* accipi *in l. fin. ibi citra periculum ff. de pub. jud. l. 1. § de pignor. l. fin. de in diem addict.* Nec aliam agnovit significationem purissimus *Ulpianus in l. ut sic. 31. ibi: citra societatem. ff. pro socio.* Quin etsi hisce tam claris testimoniis destitueremur, quæ circa vocabuli significationem extant, non tamen communis acceptio, refragante, sc. jure aperto, recipi posset, & ne ab aliis benè dicta reiterem, dandum nobis hoc opinor erit, crimen falsi si excipi dixerimus, sic excipi ut sub regula sua, si exceptum non esset, comprehendi non posset. Atqui nunc mihi constat, crimen falsi capitale esse, & sanguinis pœnam interdum fovere *l. ubi falsi. 29. C. ad l. Cornel. de Fals.* Regula autem concepta est de criminibus non capitalibus. Verum sic inquies, incurrimus id, quod maximè vitare volumus, transactionem de falso licitam esse. Sed de eo mox subjiciam, sufficiet demonstrasse, exceptionem hanc de regula non esse. Nunc respondeo, de falso si constet, ex qualitate criminis capitalem falsario irrogari posse pœnam, nihil impedimento est, quò minus permissa sit transactio. *l. 1. de bon. qui an sent.* aliàs non item. Atqui nec sic dici posse *Iacob. Cujac. 6. obs.* contendit: qui regulariter de falso id permittit, motus *l. 2. C. de iis quibus ut indig. l. 7. C. de fals. l pen. ff. de transact.* de quarum legum intellectu edocebit Disputatio. Sine falsi accusatione itaque non licebit transigere, adeò ut si contra fecerit, reus in SCtm Turpilianum incidat, quod latiùs explicat *Donell. hic.*

n. 17.

DO-

DOMINICI ARUMÆI FRISII J. U. D. PROFESSORIS PUBLICI

Commentatio

AD

L. 2. C. de rescind. Vendit.

DISPUTATIO PRIMA.

RESPONDENTE

JOHANNE SIBETH Rostochiense.

THEMA PRIMUM.

EMptione & venditione perfecta (quod effici dicit Imperator in §. cum autem. 3. Inst. de Empt. *simulatq; de merce & pretio convenit) periculum rei venditæ ad emptorem pertinet: tametsi ei res tradita non sit.*

Quod

Quod ipsum *Cujac.tract.8.ad Afric.in l.33.ff. Locat.* iniquum videtur. Et verò, *inquit*, æquius est, ut qui rem non est actus emptor, pretium non solvat. Id confirmat *l. quod si neque. de peric. & comm.rei vendit.* quæ lectis venditis, si ante traditionem eos ædilis plebis, cum in via publica positi essent, conciderit, venditionis periculum esse ait, qui scilicet pretii petitionem non habet; quinimò restituit pretium, si quod acceperit. Item confirmat *l. ult.ff. de condict.caus.dat.* quæ in permutatione ad exemplum emptionis, si data pecunia, ut daretur stichus, perierit stichus ante, pecuniæ repetitionem esse ait, cum tamen constet *ex l.naturalis.§.1.de præscript.verb.* non esse in id, quod interest, stichum tradi præscriptis verbis actionem. Idem confirmat *l.si soluturus. 39. de solut.* Confirmat itidem *l. si fundus 33. Locat.* Hactenus *Cujac.* cui adstipulari cum textus ille *§.cum autem.* tùm clarissimæ rationes haud permittunt, & quæ hæc viri docti elusio? Juris ait, regulæ in Institutionibus proponuntur, quæ omnes sunt ex summo jure, & rudimenta: in Digestis incrementa juris & diligentius res exactæ ad æquitatem: quasi non & summi hujus juris, *ut ipse vult*, vestigia satis dilucida in Digestis appareant. *In l. id quod. 7. ff. de peric. & comm. rei vendit.* Ubi *Pauli* argumentatio talis est; quia commodum ante traditum fundum ad emptorem pertinet: nam si per alluvionem quid fundo accesserit, ad eum spectat; Ergò & si idem flumine occupatus fuerit, periculum ejus erit. Idem confirmat *l.8. in pr. ff. eod.* ubi ejusdem JCti hæc est propositio. Necessariò, *ait*, sciendum est, quando perfecta sit emptio: tum enim scimus, cujus periculum sit; atqui constat, tum dici perfectam emptionem, cum de prece & merce convenit, *d.§.cum autem.Inst. de empt. & vendit. l. 1. C. de peric. & com. rei vendit.* & per consequens, erit etiam fundo non tradito emptoris periculum. Quid? leges ubique ingeminant ad emptorem pertinere periculum. *d.l.7.8 l. 1. C de peric & comm.rei vend.* quæ ut sint, sicuti esse debent, de dubitabili, necessum fundum nondum traditum dicamus, quia eo tradito, certissimum est, emptorem constitui ejusdem dominum. *l. traditionibus. C. de pact.* ut sic non possit non periculum ipsum concernere. *l. 9. C. de pignor. act.* traditione nondum facta, color dominii emptorem tueri, venditorem impugna-

re

re videtur, *utique tamen Inst. de empt. & vendit.* & quis non cernit id sic constitui per summam æquitatem: Emptoris quippè in arbitrio est rem petere, quandocunque ipsi collibitum fuerit: sibi ergò imputet, cur non vigilaverit, & ex ICti consilio *in l. pen. Quæ in fraud. cred.* meliorem suam conditionem fecerit; hoc cum potest, nec tamen facit, hæc sanè ipsius cessatio & negligentia ei meritò; non alii, nocere debet: ut regula juris habet. *l. 137. §. fin l. 115. de R. J.* ut rectè *Paulus* responderit, futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere *l. Lucius. 11. de Evict.* consentit *d. l. 1. C. de peric. &c.* & generaliter *à Pomponio* definitum, debitorem speciei, uti hic noster est, interitu rei sine culpa ejus contingente liberari. *l. si ex legati. 23. de V. O.* Quibus ut tantò inhæreamus firmius, breviter *Cuiaciana* perstringenda sunt. Quod itaque ducitur primo *ex d. l. quod si neque de peric. & comm. rei vend.* ad propositionem nostram non spectat, siquidem cum proponimus venditorem, qui extra noxam, extra culpam est, paratusque cum libuerit emptori rem tradere; At in specie *d. l. quod si neque* is proponitur, qui cum impedimento usus publici, *uti leges præcedentes innuunt.* lectos in via per negligentiam suam posuit; quæ jure optimo ipsi imputatur. Secundo quod est *ex l. fin. de condict. caus. dat.* excutietur, si paucis prius sensum legis omnium judicio difficilimæ inquisiverimus. Nullus est, qui non firmiter credat; ea in lege quæri, utrum contractus propositus sit emptio, an verò contractus innominatus? cum tamen mea sententia longè aliud proponatur id scilicet, simplex ne sit propositus contractus, an verò duplex: hoc est, sitnè pro parte emptio, an solus contractus innominatus? Vel ut clarius loquar, quæritur, an hic contractus sit pro parte emptio; pro parte verò (*hoc omisit ICtus, quia ex sequentibus facilè colligi potest*) obligatio ad rem dati; an verò nulla alia obligatio, quam ob rem dati, hoc est, an solus contractus innominatus? Cujus sententiæ comprobandæ causa duo ex ipso textu desumi possunt; *1. in verb.* PRO PORTIONE quæ idem significant, ac si dixisset PRO PARTE, PRO RATA, & propterea à reliquis distinguenda, non cum iis, ut vulgò fit, conjungenda. 2. Quod dicitur; *An nulla hic alia obligatio est*; quæ innuunt Celsum dubitasse, an præter obligationem ob

Zzzzzz rem

rem dati, & alia esset obligatio, scilicet emptionis. Neque insolens, & ab usu remota est locutio: Nam si nuptiæ hîc celebratæ dicantur, & quæram, Utrum iis pro parte cives, an verò nulli alii, quàm studiosi interfuerint? Nemo non videt, si concisa hæc oratio pinguius reddatur, ita dicendum esse, Utrum pro parte Cives, pro parte Studiosi, an verò soli Studiosi interfuerint. Similiter itaque in textu nostro quæritur, Utrum contractus & emptio sit, & per mutatio, an verò permutatio sola? Ut sic necessario sequatur, pecuniam & numeratam & non numeratam, (*pecunia enim verbum latissimè patet*) sive nummos & aliam rem datam fuisse. Si enim sola pecunia numerata pro sticho data fuisset, verissima esset emptio propter pretium. *l. 2. de contrah. empt.* & quia pretium à merce distingui potest. *l. 1. de rer. permut.* nulla hoc casu probabilis dubitandi ratio esse potuit, an esset permutatio; vel pro parte, vel in solidum. Sin autem sola non numerata pecunia fuisset pro sticho data, verissima esset permutatio; quia cum rem do, ut rem accipiam, nasci civilem præscriptis verbis actionem, & esse permutationem *Paulus respondit. l. naturalis. de praſcr. verb.* Nulla igitur hoc casu probabilis dubitandi ratio esse potuit, an vel in solidum, vel pro parte esset emptio, quia sine pretio, quod hîc abfuit, non contrahitur *d. l. 2. de contrah. empt.* Dedi igitur, *verba leges sunt*, tibi pecuniam (tàm numeratam, quàm non numeratam, *juxta l. pecunia 178. de V. S.*) ut mihi stichum dares; utrum id contractus genus pro portione (*pretii scilicet vel pecuniæ numeratæ*) emptionis & venditionis est? An nulla hîc alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta; (*propter rem scilicet datam*) Atque hac addita interpretatione facilis nunc est responsio ad vulgarem & quotidianam quæstionem; *Titius pro re rem aliam cum pecunia dedit; quæritur sitnè emptio & permutatio, an sola permutatio?* Tot enim sunt de ea opiniones, ut vix cernere, quid probabilius sit, possis. Verum *ex l. ult. jam explicata* respondemus, esse permutationem: Responsuri haud dubiè idem Dd. si *ad d. l.* attendissent. Nec displicet ratio, qua nonnulli in hanc sententiam moventur; quia cum incertum est, quis contractus sit, innominatus censebitur. *l. 1. & 2. de præscript. verb.* nisi emptionem contrahentes esse voluerint. Id enim cum faciunt & quidem jure permittente, nomen

men contractus servabitur *l contractus. de R. J.* Cessante & superiore illa ratione, quia incertus jam amplius contractus non est. Atqui, *inquies*, sine pretio nulla est emptio. *d. l. 2. de contrah. empt.* Respondeo; est pretium; etsi non totaliter & res accedens sequitur ex voluntate contrahentium naturam pretii: quinimò sufficit in vicem pretii datam esse: Undè nominatim *Diocl* & *Maxim* rescripserunt, pretii causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractum emptionis non constitui irritum. *l. final. C. de rescind. vendit.* & noti juris est, appositum pactum censeri contractus partem, & ex ejusdem natura. *l tenetur. §. 1. ff. de act. empt. l. si prædio. §. final. de in diem addict.* (Bartol. Fulgos. Jas. *in l. 1. de rer. permut.* Gomez, *part. 2. var. resolut. c. 2. n. 10.* Gvid. Pap. *decis. 92.* Hier. Magon. Florent. *decis. 33. n. 10. & seqq.* Fortun. *in l. jurisgentium. §. quinimò. n. 37 de pact.* Berber. *in viator jur. tit. de rerum permutat.* Tiber. Decian. *2. Consil. 32. & 3. consil. 57. n. 33. & seqq.* Covarr. *2. resolut. 4. n. 9.* & alios citans Pinell. *part. 2. c. 2. in rubr. C. de rescind. vendit.* Fachin. *2. controvers. 44.*) Respondendum nunc ad argumentum *Cujacii* secundum quod ductum erat *ex d. l. ult. de condict. caus. dat.* Sed quam fortiter retorqueri in ipsum id potest & lex ipsa, & notæ differentiæ inter permutationem & emptionem ostendunt. Lex enim, qaod nec negat *Cujacius*, loquitur de permutatione; Nos de emptione: inter quas notissima hæc discriminatio est, quod illa non nisi rei traditione; hæc nudo consensu initium capiat. *l. 1. de rer. permut.* & hac ipsa de causa *Celsus* inquirit, sitnè emptio & permutatio, an sola permutatio? Posterius probat, & ex eo consequenter colligit, posse pecuniam repeti, mortuo homine promisso, quæ tamen non repeteretur, si ad emptionis naturam magis inclinaret. *§. itaque Inst de contrah. empt.* Tertia Cujacii objectio est *ex l. 39. ff. de solut.* quæ vult, mercem periculo emptoris ideò esse, *quia deposita erat apud tertium.* Depositio autem instar traditionis est. *l. 9. C. de solut.* Verum ex conventione id contingit. Cum enim emptor & venditor sibi invicem parum fidei haberent; illum nummos, hũc mercem deponere placuit, ut sic perfecta emptio propter conventionem non habeatur, nisi deposita merx fuerit ut sic consequenter periculum mercis depositæ non ad emptorem

rem pertineat, quia deposita fuit, *Sed quia placuit tum demum emptionem perfici*, ut in simili: Si emptionem scriptura celebrari placeat: non antè, etiam si de merce & pretio convenit, periculum rei emptorem concernit, nisi in scripturam emptio redacta sit. *d. §. cum autem*. Quartò & ultimò proponit *Cujac. l. 33. Locat.* Verum quod alibi respondi, id hîc repeto; speciale scilicet id esse in fundo publicato, quod colligo ex *l. Lucius. 11. ff. de Evict.* in qua eadem publicationis quæstio tractatur; & distinguitur inter traditum fundum & non traditum: Illo casu spectat ad emptorem; hoc casu ad venditorem. Publicationi ut hoc speciale tribuam, movet me vetus publicandi ratio, & in ea Principum liberalitas: Nec enim publicationem cum *Accurs.* intelligo, quæ delicto venditoris contingit; *hunc quamvis sequatur Iul. Pac. 5. ἐναντ. 8.* Sed de ea publicatione, quæ devictis hostibus contingit, qualis fuit in specie *d. l. Lucius. 11.* Quod nec eo loci assecutus *Accurs.* putat ex delicto emptoris ea in specie publicatum fundum esse. Hostibus itaque devictis belli duces partim prædia distrahebant, partim veteranis adsignabant, quin & partim veteri possessori honoris causa relinquebant, *ut ait l. item si. 15. §. 2. ff. de R. V.* Quod confirmat *Sicul. Flaccus de condit. agror.* Non tamen omnibus (*inquit*) personis ablati sunt agri: Nam quorundam dignitas, aut gratia, aut amicitia victorem ducem movit, ut eis concederet agros suos. Et *Hygen. Augusti libertus lib. 2. de lim. const.* Hi agri (*inquit*) qui redditi sunt, non obligantur vectigalibus, quoniam scilicet prioribus dominis redditi sunt. Sic & verosimile in casu *d. l. 33.* datum aliquid veteri possessori eidemq; venditori, honoris causa; ut planè, nisi iniqui esse velimus ad emptorem publicati fundi periculum pertinere dicendum non sit, cum & aliàs jura lucrum captanti minus, quam damnum vitanti favere soleant: lucrum captaret in specie proposita venditor, cum partem fundi retinuit si ei pretii retentionem vel petitionem insuper concederemus. Propositio tamen nostra non admittitur *in venditione generis*: Nam si in genere vendam tibi servum, licet omnes servi moriantur, nihilominus teneor, quoniam perire genus nunquam censetur. *l. in ratione 30. ad L. Falcid.* Item alternativa. *l. 34. §. 6. de contrah. empt.* Item conditionali. *l. 8. §. 1. de peric. & commod. l. contractus. C. de fid. instrum.*

THE-

THEMA SECUNDUM.

Quod si tamen rem sibi, uti potest, tradi petat: prius pretium dare tenetur; quo oblato rei traditionem recusare non poterit venditor.

l.11. in pr. ff. d. act. empt. l.25. ff. de contrab. empt. l.1. in pr. ff. de rer permut. Rationem differentiæ inquirunt homines eruditi, *cur dare, id est, dominium transferre teneatur emptor? cur tradere saltem venditor?* Communiter R. quia emptor generis debitor est, venditor verò speciei: Ille autem propter multiplicem electionem hoc arctius consttingi debet. Verum huic rationi contrarium est, quod etsi legatario hæres & stipulatori promissor ad rem certam obligat sint, nihilominus rem accipientis facere cogantur *l. hujusmodi. 84. §. qui servum. ff. de legat. 1. l. si ita. 25. §. 1. de contrab. empt. l. ubi. 75. §. ult. de V. O.* Aliam reddit *Curt. Iun. in l. 5. n. 9. de præscript. verb.* ut scilicet sint libera rerum commercia: Si enim dominii translatio semper requireretur (quæ difficilima est. *Dd. in l. cum res C. de probat.*) ita ut sæpissimè ejusdem usus impediretur: quapropter tradere sufficit, præsertim cum per evictionis præstationem indemnis servetur emptor perinde ac si dominium nactus esset. *l. de rer. permut. l. 66. de contrah. empt. l. 11. de act. empt.* Dixi alibi, & forsan verior ratio est; ideò scilicet emptorem dare teneri, quoniam aliàs pecuniæ nullus est usus, nisi in abusu & consumptione, quæ ut fieri possit, necessariò dominium transferendum. *arg. §. constituitur. Inst. de usufr. l. 2. l. 5. de usufr. ear. rer.* At rei venditæ etiam usus est; licet accipientis non fiat: potest enim eam commodare, locare, & ideò traditio sufficit. Quartum dedit *Anton. Fab.* quoniam pretii nomine in id, quod interest, agi non potest, ne in infinitum condemnationis quantitas excurrat. Verum de illa dubitari potest, penitius inspecta l. 4. de eo quod cert. loc.

Qurrunt Interpretes: *An venditor, si est dominus, cogatur rem facere emptoris?* Et sunt, qui negant, cogi posse; Inter quos *Alciat. de eo quod interest. c. 7. n. 22. & seqq.* arg. *l. ult. de condict.*

cauſ. dat. l. 3. de uſur. l. 11. & 12. de act. empt. Verum ex illis ipſis fundamentis contra *Alciat.* concludi poteſt; & præſertim *ex l. 11. §. 2. ibi:* quæ res ſiquidem dominus fuit venditor, facit emptorem dominum. *ff. de act. empt.* & qua fronte, quo colore dominium transferre recuſabit? Velle quippe vendere, & ita tamen vendere, ut licet res tradita, non tranſeat tamen dominium in emptorem, non eſt, vendere, ſed locare, & eſt abuti nomine venditionis, & ſecum pugnare *l. penult. & ult. de contrah. empt.*

Quæritur: *An venditor præſtandi intereſſe, liberetur?* Et non deſunt hominibus eruditis rationes, quibus in ſententiam affirmativam pellecti id ſtatuant; quorum argumenta collegit noviſſimè *Gæld. de contrah. & commit. ſtipul. c. 9. n. 66.* Primò allegat *l. 1. de act. empt.* Si res vendita, *inquit Ulp.* non tradatur; in id quod intereſt agitur, hoc eſt, quod rem habere intereſt emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, ſi pluris intereſt, quàm rem valet, vel empta eſt. *Ait in id quod intereſt agitur;* ut oſtendat, neque utrumque ſimul deberi, & factum tradendi, & id, quod intereſt; ſed ſi non tradidit, tum id, quod intereſt, in obligationem ſuccedere, alioquin peti non poſſe. *l. 6. §. fin. de negot. geſt. §. 1. Inſt. de Act.* 2. confirmatur *l. ex empto. 11. in pr. juncto. §. idem ait non tradentem. ff. de act. empt.* Ubi idem *Ulp. in pr.* docet, Venditorem tradere oportere, & tamen *d. § idem ait non tradentem.* diſertè ſcripſit, venditorem quanti intereſt condemnari: Condemnâtio autem conformis eſt petitioni *l. final. C. de fideicomm. libert.* Itaque quanti intereſt in obligatione, & petitione erit, ſi non tradiderit. 3. argumentum deſumit *ex l. voluntate. 10. ff. quib. mod. pig. vel hypothec. ſol.* 4. adfert. *l. qui tibi. 6. C. de hared. vel act. vend. 5. l. contractus. 17. C. de fid. Inſtrum. 6. l. ſi jactum. 12. de act. empt. 7. l. 4. C. de act. empt. ibi:* procacia venditoris (*inquit*) non fieri nihil alind, quàm temerariè, & imprudenter rem, quàm potuiſſet optimè, non tradere ſignificat. Hæc *hactenus Gæld:* antè quem alii tale argumentum propoſuêre Ex quibus cauſis juratur in litem, in iiſdem id quod intereſt præſtando liberamur. Ex cauſa autem emptionis juratur in litem. *l. 5. de in lit. jur.* Cui addidêre id: quod ſequitur: Tradendi obligatio facti eſt; In facti autem obligationibus, ſi non fiat, quod promiſſum eſt, id quod intereſt, præſtandum eſt. *l. 13. §. ult. de re*

ju-

judic l. quoties 81. de V.O. Cæterum contraria sententia communior & verior est, cujus argumenta hæc sunt. 1. ex *l. si quis alienam 46. ff. de act. empt.* ubi *Paulus* ait: cogitur implere venditionem, id est, ut tradat aut mancipet: sicuti idem se explicat *in libr 1. sentent. tit. 13. vers. si id quod.* Si id (*ait*) quod emptum est, neque traditur, mancipetur, venditor cogi potest ut tradat, aut mancipet: Hi enim duo sunt modi transferendi dominii: traditio est jurisgentium, mancipatio juris civilis. *Cujac. ad d tit. 13.* 2. Si in arbitrio venditoris sit, vel rem vel interesse præstare, sequitur rem eandem sic vendi posse alteri, ut nullum propterea venditorem pœna maneat, cum prioris nexu eximatur præstatione ejus quod interest; posterioris, rei traditione. Verum sine falsi pœna denuo vendi non posse constat. *l. qui duobus 21 ad L. Cornel. de falsf. l. 6. C. de hared. vel act. vend.* quia scilicet iterum vendendo rem nulli obligatam, suamque esse mentitus est, vel si dissimulaverit, nec hoc dixerit, crimine stellionatus tenetur. *l. 3. §. maximè ff. de crim. stellionat. Cujac. 13. observ. 21.* 3. Probatur id evidenter *ex l. 11. ff. de act. empt.* Ubi *Ulp.* ait; & imprimis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere Verbum OPORTET, necessitatem inducit, ut *in l. 1. de Iust. & Iur. ibi*; ante omnia nosse oportet; *Et passim apud recti sermonis autores.* Undè sæpè *Cicero*: tandem id factum oportuit, *&c. Item* totam hanc rem illi integram servatam oportuit: *Item* Apollinis signum ablatum non oportuit; & *τὸ δέον ἀναγκαῖον apud Suid.* 4. Apertè id liquet *ex §. pretium ibi*: omnimodo *pretium persolvatur* & res tradetur. *Inst. de Empt. & vendit.* Si *omnimodo* res tradi, *ut vult textus*, debet, non sanè modo aliquo ea retineri, & vice ejus interesse præstari poterit. Nam uti *Zasius* dicere solebat: *Omninò; omnimodo; nunc; semper; & similia verba prægnantia.* vel ideò vulgò feruntur, quod nullam modificationem aut limitationem recipiunt: Sicuti de vocabulo *omnimodo* apertè probat *l. 3. §. 1.* At hoc edicto omnimodo, qui receperit, tenetur. *ff. Naut. caup. stab. l. 35. §. 4. ibi:* omnimodo requirenda *C. de donat.* 5. Suppeditat *§. alia autem Inst. de donat* in quo ad exemplum venditionis donatori incumbit necessitas rei tradendæ: At quæ hæc erit necessitas, quæ ex arbitrio venditoris dependet? Et sanè si non cum refractariis nobis res sit liber quære-

rere; quo intuitu, quo fine, tradita factaq; illa *Iustiniano* comparatio venditionis & donationis sit? non equidem aliam collimare eum puto, quam traditionis: de quo nemo addubitavit, qui vel primis oculis inspiciat *l. si quis argentum. 35. §. sin autem. C. de donat.* jungatque *d. §. alia autem.* Cum enim olim donatio non perficeretur, nisi vel stipulatione, vel traditione interveniente; *Iustinianus* sua hac constitutione etiam ex pacto nudo voluit; ut perinde Traditionis effectus sequatur, *ut loquitur add. §. fin autem*; ac si stipulatione vallata sit, idque *uti inquit d. §. alia autem.* ad exemplum venditionis: Inevitabiliter ergò sequitur, in venditione traditionem requiri. Si enim defungi interesse præstatione venditor possit, non rectè necessitate tradendi teneri ipsum Imperator diceret, cum id, quod necessum sit, non aliter se habere possit, *iuxta Philosoph. 4. Metaphys.* Unde *idem lib. 1. Rhetor.* necessaria contingentibus opponit: hæc enim aliter se habere possunt, illa non itidem. Quod spectant vulgò jactata diverbia: Ingens telum necessitas: *Item*; Adversus necessitatem ne Dii quidem resistunt; de quibus videndus. *Erasmus cent. 3. Chiliad. 2.* Quin si modificatam necessitatem in venditione velint, necessum eandem admittant in donatione: ad exemplum enim venditionis, traditionis necessitas in ea introducta est; & qualis est necessitas in venditione, eadem & non alia admitti fingiq; potest in donatione, idque ex natura æquiparatorum: nunc verò nemo est, qui non facilè donatori summam traditionis necessitatem incumbere concedat. *d. l. si quis argentum. §. 6.* concedatur ergò & per eandem rationem simili modo in venditione traditionem necessariam esse; Et nullius momenti in contrarium responsio est *Gaddai*; Ideo necessitatem præcisam in donatione, non itidem venditione esse, quia donator dare tenetur & est obligatio dandi: venditor verò saltem tradere, & ita est obligatio faciendi, in qua si non fiat, quod promissum est, præstando interesse, liberatur promissor. *l. 72. vers. Celsus. ff. de V. O. l. 13. §. 1. ff. de re iudicat.* Nam & falsum est, quod traditio facti meri sit: nam si dominus rei venditæ sit venditor, dominium transfert. *l. 11. de act. empt.* atque ita dat, ut *Molinæus* rectè dixerit, teneri venditorem ad dandum de dividuo & individuo. Deinde juridicum non est, quod Dd. sententiam secutus existimet,

ven-

venditorem ad factum teneri: nec enim factum, sed res præstanda est; illud autem saltem per consequentiam, ut Paul. loquitur in l. 5. de act. empt. quod & eleganter [illegible] l. nunc enim. 31. C. de sent. qua pro eo, quod interest. res (inquit) non factum in obligatione continetur, quamvis nequeat expediri res sine facto. Probat id l. 8. de contrah. empt. l. venditor 21. vers. pretium ibi: tibi enim rem debebam, non actionem: & post: non enim actionem ei, sed rem præstare debet. ff. de hared. vel act. vendit. Ex quibus argumentum sententiæ nostræ quintum effulget. Si enim venditor ad rem teneatur, non ad factum, uti nunc ostensum est, sequetur vel omnium Dd. conspirante consensu teneri ad rem tradendam. l. ubi autem. 75. § final. ff. de V. O. l. prout. 80. ff. de solut. Sexto sic arguo: aliud pro alio invito creditori solvi non potest. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Aliud autem res, aliud est interesse, quod constat. Si enim unum & idem essent, frustra hæc à nobis susciperetur disputatio. Rem autem emit emptor. Ergò. 7. Quod in obligationem deducitur, id præstandum, & non aliud: Unde & obligatio definitur necessitas solvendi, quod promissum est. §. 1. Inst. de oblig. Res autem in obligationem deducitur, non interesse l. 21. vers. pretium ibi: Tibi enim rem debebam, non actionem: & post. Non enim actionem ei, sed rem præstare debeo. ff. de hared. vel act. vend. Interesse autem extrinsecus venit. l. in furti. 51. de furt. 8. Ab emptione semel perfecta recedere invito altero non licet. l. 2. C. Quand. lic. ab empt. reced. §. 1. Inst. de contrah. empt. quia nihil magis bonæ fidei, quæ vel maximè in hoc contractu servari debet, congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes convenit, actumque est. l. cum venderem. 21. ff. Locat. At si interesse solvendo liberetur venditor, ab emptione recedit: quid enim emptio? non præstatio interesse, neque id emptum, sed rei pretio certo d. l. 21. vers. pretium. ff. de hared. vel act. vend. 9. Quod inter contrahentes agitur, pro rato cautoque habendum est l. 3. ff. de reb. cred. l. penult. §. 1. ff. si servit. vind. l. tale 40. §. ult. ff. de pact. Verum inter emptorem & venditorem agi, ut ille pretium det, hic rem tradat l. 1. de rer. permut. constat: Cur enim emit emptor? quia re egebat: Cur venditor vendit? quia penuria pressus nummos desiderabat, & propterea se rem traditurum

promittit *l. 1. de contrah. empt.* 10. Quod expressè [illegible] pote[illegible] id tacitè multò minus recipietur *arg. l. 3. § [illegible] cond. caus. d[illegible]. l. Papinianus. §. sed nec impuberis. de inoff. testam.* [illegible] *Everhard. in loco ab expreß. n. 10. & seqq.* Nunc verò plus quam notum est, id agi, aut conveniri expressè non posse, ne dominium rei venditæ ad emptorem transeat, manente eodem contractu emptionis. *l. cum manu. § final. de contrah. emt.* Contingere [illegible] tem id in casu nostro tacita conventione, & quidem [illegible] voluntate, ne unquam dominium vel res ad em[illegible] NEC OBSTANT, quæ ex *Gadd.* allata sunt; & [illegible] *l. 1. de act. empt.* Nam quod dicimus rem præcisè p[illegible]dam esse; id sic intellectum volumus, si eam petat emptor, & venditor justo, statutoque tempore tradat: Quod si autem, postquam petierit emptor, in tradenda re cessaverit, & hac sua mora effecerit, quo minus res emptori expediat, nunc in arbitrio emptoris est, vel rem vel interesse petere. Est quippè interesse in hunc finem introductum, ut moroso debitori excutiatur utilitas præcepta creditori. *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo.* In specie autem *d. l. 1. de act. empt.* qui monitus rem tradere cessaverit dolosè, dubium haud erit; si quis sequentia: nihil aliud quam dolum creditoris ingeminantia: penitius consideraverit. Qua eadem responsione satisfacimus *l. 11. § non tradentem. 9. ff. eod.* non tradentem, *inquit*, quanti intersit, condemnari: *Non tradentem* intelligo suo die, suo modo, quo emerat emptor, ut nunc damnum si rem peteret, sentiret: petit ergò ex electione, quod habet interesse, quod ipsi utilius est. Similiter intelligi potest & debet *l. voluntate. 10. quib. mod. pign. vel hypothec. solv.* Quod attinet *l. 6. C. de hered. vel act. vend.* minus illa obstet, siquidem cum proponit casum, ubi secundo vendiderat & tradiderat, atque ita facultate tradendi exclusus necessariò interesse præstare cogitur, haud dubiè res ipsas jussus præstare, si easdem habuisset. De sententia *l. contractus 17. C. de fid. Instrum.* Idem mihi dicendum videtur quod nunc dictum *ad l. 1. l. 11. de act. empt.* Nam cum lex dicat; *necessitas venditori imponatur, vel contractum conditionis implere, vel quod interest emptoris, persolvere*: [illegible] electionem competere emptori vel petendi rem, vel interesse. hoc quidem non protinus, sed si petita recessaverit venditor, [illegible]

[illegible]

sic interesse propter hanc cessationem deducere possit; quod si aliter dixerimus, eveniet, ut venditoris sit in arbitrio, vel rem vel interesse præstare; quod dicere obscurum [illegible], siquidem interesse, ut dictum, non in gratiam debitoris, sed creditoris introductum est, quod cum effectum habet, ut si postquam cessaverit venditor, damnumque dederit, nihilominus si rem petat emptor, omninò & tradenda sit. *l. 11. in pr. de act. empt.* Atque eodem sensu dotata, explicata erit, *l. si jactum. 12. de act. empt.* Ad prandium crastini diei (*sic enim fingendus erit casus*) à piscatore jactum retis emi, id quod extraxit piscium statuto die, dare mihi noluit; mora hæc dolosa, quia convento die pisces non habui, mihi nocuit: idcirco peto æstimari pisces, non ut jam mihi inutiles consequar, sed æstimationem eorundẽ. Non dissimilis casus extat *in l. traditio. 4. C. de act. empt.* quæ antea opposita fuit. Nam Procacia, h. e. contumacia, dolosa mora, res suo tempore tradita non est, & ideò interesse, quia id conducibilius est, petere potest emptor. Additum & tale fuit argumentum: Ex quibus causis juratur in litem, in iisdem id quod interest præstando liberamur. Ex causa autem emtionis in litem juratur. *l. 5. de in lit. jur.* Verum eo in argumento minor admodum disputatur, & verius negatur ex iis, quæ tradunt Duar. *in l. 5. n. 21 & seqq. de in lit. jur.* Anton. Faber. *6. conject. 17.* Denique inquirunt; tradendi obligatio facti est: In facti autem obligationibus si non fiat, quod promissum est, id quod interest præstandum est. *d. l. 13. §. ult. de re judic. l. quoties. 81. de V. O.* Verum de hoc argumento disputatum in fundamentis 4. & 5. pro sententia nostra adductis.

THEMA TERTIUM.

Nisi dolo, vel fraude in vendendo se circumventum dicat: iis enim casibus tantum abest, ut tradere cogatur, ut nequidem, si dolus contractui causam dederit, ipso jure obli-

 ge-

getur: si vero fraus, quæ ex incuria magis, quàm animo doloso emptoris oritur, intervenerit beneficio l. 2. C. de rescind. vendit. *juvetur.*

Occurrit hoc loci illa inspectio, de dolo causam contractui dante: Nam sunt, qui nimiopere contendant, contractum bonæ fidei etiam dolo conciliatum subsistere, & necessariam esse actionem vel exceptionem ad eum rescindendum, adeoque ejusdem cum contractu juris stricti conditionem faciunt: quam opinionem fovere videtur. *l. si dolo. 5. C. de rescind. vendit.* ubi dolo extorta venditio rescinditur. Ergò subsistit, *juxta l. 5. vers & post defectum. ff. de injust. nupt.* Sed forsan argumentum hoc non satis firmum est, modo consideraveris ex contractu dolo inito possessionem quidem transire, dominium non item: Illa quippe facti est, cujusmodi res jure infirmari non potest, ut loquitur JCtus *in l. 1. §. si vir uxori 4. de acquir. vel amittend. poss.* hoc juris, quod contra jus haud transit; quapropter possessio quidem transivit in specie *d. l. 5.* non tamen dominium, & ideo ad possessionis restitutionem rescindenda est venditio; Idque & exemplo rei propriæ ostendi potest, quæ quidem emi non potest. *l. 16. de contrah. empt.* quod enim semel meum [illegible] est, amplius meum fieri non potest. *l. 45. ff. de R. J.* at tamen possessio rei nostræ emi potest. *l. si in empt. 34. §. 4. ff. de contrah. empt.* Opponunt & illi *l. Julianus. 13. §. si venditor. 4. de act. empt.* Qui nostram opinionem tuentur, existimant ea in specie dolum incidisse, non vero negotio causam dedisse; propterea quod in casu priore venditor dolo fecerat, ut pluris rem venderet, cum de artificio, aut de peculio mentitus est; cui ut posterior respondere necessum & in eundem dolum incidisse dicamus. Verum mihi ea interpretatio casus posterioris displicet. Ut enim venderetur hæreditas, Villicus ille persuasit, quæ persuasio causam contractui dedit. & sic consequenter dolo initus est: hoc qui, quid dolus causam contractui dans sit, perfectum habet, negare non potest; qui verum amat, negare haud debet. Respondeamus ergò nullum dubium esse, quin is contractus [illegible]

Iot

sus sit: Nam idem *Julianus*, [illegible], quod est *in d. § si venditor.*
4 scripsit in *l. & eleganter. ff. de dolo mal.* tradidit: Verum quæri, id saltem *in d. §. si venditor*: an si venditor velit posse actione ex vendito in tantum, quanto pluris hæreditas valeret, experiri? quod affirmat. Etsi enim jus contractum dolo initum nullum pronunciet, id tamen sic intelligi debet, si læsus id voluerit: ejus quippè in favorem id inducitur, ut non dubium sit, quin eidem possit renunciare. *arg. l pen. C. de pact.* Et nisi me mea fallat opinio, casus est expressius *in d. l. Julianus. §. si quis colludente.* Quid enim aliud est, colludente procuratore emere, quàm emptorem dolo procuratorem eò adegisse, ut cum ipso colluderet, & rem venderet? & tamen *JCtus* largitur decepto domino, *ut ait*, quod deest, peterе possit, aut emptionem rescindat. Opponunt etiam *l. minoribus. C. comm. utriusq. jud. l. tres fratres ff. de pact.* in quibus divisio per dolum facta proponitur, & in melius formari jubetur. Subsistit ergò: Verum non obstant, si consideraverimus loqui eas non de dolo conciliante contractum, sed incidente; uti hoc satis apertè innuit *vers. quod inæqualiter*, qui argumento certissimo est, dolum intervenisse in æqualitate divisionis, non in ipsa divisione facienda; nec potest ullus ea in specie dolus divisioni caussam dans considerari, ut divisio fiat, siquidem nemo invitus in communione stare cogitur. *l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de legat. 2.* ita ut citra ullam persuasionem, dolum illum, ab ea posset resilire cohæres. Sunt & leges aliæ, quæ opponi solent. *l. 12. §. 1. de jur. dat l. 11. § si quis virginem. ff. de act. empt. l. si quis. 9 ff. de dol. mal. l unde. si 80. pro socio.* Verum obtinuit eas de dolo incidente, non conciliante loqui. Nunc paucis inquirenda ratio juris diversi, cur contractus bonæfidei volente læso, ipso jure nulli sint? cur subsistant stricti juris? non improbo eam, quæ propter exuberantiam bonæfidei, in contractibus bonæfidei, id præ stricti juris constitutum suadet. *l. 3. §. final ff. pro socio l. domum 67. ff. de contrab. empt.* Scimus enim, quod in contractibus stricti juris bona fides saltem in his præstetur, quæ à contrahentibus sunt expressa: nam ubique videtur prætermissa *l. quicquid astringenda. 99. in pr. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysostomus. de V. O.* At in contractibus bonæfidei bona fides desideratur etiam in his quæ expressa non sunt. *l. quia tantundem de negot. gest. §. in bonæfidei. Inst. de Act.* ut probabile verosimileque

 que

que admodum sit, dolum contractibus bonæ fidei [illegible] stricti juris contrarium esse. Et hoc est, [illegible] stipulatione dolo inita, subtilitate juris obl[illegible] promissorem dicat. *l. si quis. 36. ff. de V. O* innuens per contrarium [illegible] tatem non æque in bonæfidei contractibus [illegible], quod luculenter confirmat *d. l. si dolo. 5. ibi:* sciens co[illegible] esse dolum bonæfidei, quæ in hujusmodi contractib[illegible] tur. *C. de rescind. vend & d. l. 3. §. ult. ff. pro s[illegible].* In[illegible] datur *l. si fraude. 6. C. de long. temp præscript.* ub[illegible] ptione validatur dolo initus contractus. *l* [illegible] *venditionem stare: ff. de contrah. empt. l. in causæ. 17 §. [illegible] de minor.*

THEMA QUARTUM.

Quo (siquidem rem petere perstet) cavetur, ut venditori ultra dimidium justi pretii læso, id quod deest, suppleat, vel si rem jam nactus sit, pretio recepto restituat, aut si retinere malit, justum rei pretium exolvat.

Summa *d. l. 2 C. de rescind. vendit.* eleganti versu complexus est *Steph. Forcat. dial. 100.*

Æquarent fulvos Titii cum prædia nummos
  Ter quinque, is septem vendidit aureolis.
Contractum, Titii rescindere destinat hæres
  Ob vilem summam, quæro quid emptor aget?
Eligat alterutrum; vel prædia reddat agenti,
  Suscipiens nummos Judicis arbitrio.
Empta vel observet justum supplendo valorem,
  Indemnis tali fiet uterque modo.
Nam læsus nimium, qui vendidit, esse videtur,
  Ni justi acceperit dimidium pretii.

THEMA QUINTUM.

Ratione æquissima, ne aliàs admissâ tàm immodica læsione frequentissimi contractus, pars una generis humani exhauriatur.

Sublimem in modum intonant hîc *Theologi*, disputant acutè *Philosophi*, tumultuantur *ICtorum* discrepantes sententiæ. Si ullibi, *inquiunt Theologi*, D. Hieronymi *ad Oceanum* vera sententia reperta fuit, hîc invenietur. *Aliæ sunt leges Cæsaris*, ait ille, *aliæ Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcepit.* Docent id Scripturæ locis evidentissimis. 1. Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris. *Matth. 7.* Tu verò dubio omni procul decipi non cupis. Non igitur & alios decipies. 2. Ne quis circumveniat in negocius fratrem; quia vindex est dominus de his omnibus, *inquit Paul. 1. ad Thessalon. c. 4. & 1. Corinth. 6.* Injusti veluti, qui damno afficiunt fratres, regni Dei hæreditatem non consequentur. 3 Quando vendis cuipiam civi tuo, vel emis ab eo, non contristes fratrem tuum. *Levit. 28.* Prohibita igitur non solùm deceptio ad dimidium pretii justi erit, verùm etiam ea minor. Succedunt *Philosophi*, *Seneca* dictum clypei loco ferentes. Quam angusta innocentia est, (*inquit lib. 3 de ira. c. 27.*) ad legem bonum esse? quantò latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt? quæ omnia extra publicas tabulas sunt. Sic legum velamento etsi tuta frequensque hæc circumventionis via sit; At tuta frequensque licet sit via, crimen habet, justitiæ quippè & humanitati contraria. Justitiæ enim maximè est, conservare æqualitatem, quæ *uti ait Thomas 4. sentent. distinct. 46. q. 1. art. 1.* alia quantitatis, alia proportionis est: Hæc requiritur in justitia distributiva, & in merito respectu præmii: Illa requitur in justitia commutativa, ut quisque tantum accipiat, quantum debeat, & è converso. Et sicuti *Arist. 5. Ethic.* disputat. ejus fines sarti tectique conservandi sunt, & quidem nominatim in emptionis & venditionis contractu, qui, *uti ostendit l. 1. de contrah. empt.* pro communi hominum utilitate inventus

est,

est, ut sic una pars per alteram gravari & circumveniri [illegible] debeat. Nec [illegible], quod illis leges civiles opponimus; in promptu [illegible] num responsio illis est; præcepti [illegible], [illegible] humana lex derogare potest. §. *fin. de iur. Nat. Gent. & civil.* [illegible] vare autem justitiam in contractibus est præcep[illegible], quod præter locum *Arist. 5 Ethic.* probant leges [illegible] *hoc natura. ff. de condict. indeb. l. jure successionis* [illegible]. Quia si in pretio *adiuvat*, decipere licet, licebit & in [illegible] centum modios grani vendidisti, liceret tibi [illegible] non pretio sex tantum subdole tradere, [illegible], quia [illegible] betur. hoc autem iniquissimum est, & contra illud, quod scriptum est *Deuter. 25.* Pergunt: Commodum, quod ementi accrescit, si nullum inde vendens detrimentum accipiat, non [illegible] in pretium deduci: Probatur ratio [illegible], quoniam [illegible] ditor non potest, nisi quod suum erat, vendere. Commodum autem ementis non erat res vendentis, sed sua [illegible] cessitas vel ars causa illius existit. [illegible] quia [illegible] non venditori, sed ipsi ad bellum [illegible] vel [illegible] am, quia per usum suæ artis cumulatius lucrum facere potest, quam fecisset venditor. Alioquin si utilitas ementis pretium accresceret, liceret Pharmacopolis medicamenta tanti vendere, quanti valet salus in [illegible], uti deducit eleganter *Dominic. Soto lib. 6. de justit. & jur. art. quæst. 3.* Et pro hac opinione *Cic. lib. 3. Offic.* præstat fundamentum: apud eum *Antipatri* [illegible] nocentissima sententia, qua bono viro nihil vitii in re vendenda celare licere [illegible]. Sed *Diogenes* stoicam doctrinam non adeo [illegible] censet interpretandam; Sed argutior est *Antipatri* ratio [illegible] homo hominibus consulere debeat, & servire humanæ societati [illegible] natus sit ut ea habeat principia naturæ [illegible] bus parere [illegible] quæ semper sequi debeat, ut utilitas sua communis utilitas sit [illegible] Celabisne homines, quid his adsit & commodi [illegible] & copiæ: *Hæc Cicero:* Ex qua gravissimi [illegible] sententia satis constat, viro bono integrum non esse decipere [illegible] dic [illegible], vel vitia occultando [illegible] *l. 1. de* [illegible] Illi [illegible] *ICtorum* differentes opiniones: [illegible] *Molina in tract. de contract.* [illegible] & l. [illegible] conditam pronunciant. Quod [illegible]

trarium *(inquit Fortun. de ult. fin. jur. n. 174.)* est constanti & perpetuæ voluntati, quam fallere? Item simplicitas, *cui contrarius est dolus*, amica justitiæ & veritati est. *C. veritatis. ext. de jurejur.* & ideò deceptionem & dolum inimicum justitiæ esse oportet. *c. si cupis. 16. quæst. 1.* quin imò etiam legibus civilibus amica est simplicitas. *§. hac quidem Inst. de legit. agnat success.* & ex concessione Principis non debet oriri materia ad decipiendum vel circumveniendum alterum. *l. 1 C. de his qui ven. ætat.* quantò minus ex jure. Item regula civilis & canonica est, decipientibus non esse subveniendum. *c. cum universorum. de rer. permut. l. 2. ff. ad SCtm. Vellei.* Unde fallere propriè peccatum est. *c. beatus. 22. q. 2.* At lege canonica vel civili peccare non licet. *c. fin. de prescript.* Igitur nec lege canonica vel civili decipere licebit, sivè ultra, sive intra dimidium justi pretii. Alii & quidem plures *L. nostram* admittunt in foro fori; At non in foro conscientiæ vel poli; moti argumentis *Theologorum*; & *legibus* illis, quæ dictitant bono & æquo viro non convenire, aut lucrum cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum; ut loquitur *ICtus in l. 6. de jur. dot.* Et deserta est pars adversa: pro qua stabimus, ne, dum legis authoritate faciamus, per eam peccemus: *l. Gracchus. c. ad L. Jul. de Adult.* monente & *Apostolo* legibus honestis non resistendum. De quo etsi *in casu nostro* plurima dubitatio est, honestissima tamen nihilominus censebitur constitutio illa *l. 2. de rescind. vendit.* Nam quæ naturaliter permittuntur, honesta & æqua esse nullum est dubium *c. jus naturale. distinct. 1.* Naturaliter autem contrahentibus se invicem circumvenire licet, sicuti fatur *l. in causa. 17 §. idem Pomponius. de Minor.* NATURALITER, hoc est, jure Gentium: Jus enim Gentium plerumque jus naturale appellatur, *§. singulorum. §. vendita. Inst. de rer. divis.* quod & *Cicero 1. Tuscul.* probat: In omni re *(inquit)* consensio omnium gentium lex naturæ putanda est: hoc enim commune desiderium est, carè vendere, vili emere; *ut Mimus dixit*; quod cum à natura proficiscatur, culpa vacat, & ne quid prætermittatur, non existimādum est, hanc naturæ humanæ insitam circumveniendi summam propensionem à legibus nostris probari in tantum, ut ejus prætextu dolum, aut malevolam deceptionem admittant; absit: nec enim jus, quod

est ars æqui & boni, in tantum sui oblitum putabitur: ut, quod iis rebus, quibus maximè conservatur humanum genus, contrarium est, patrocinari velit. Hinc & leges, & judicia, quibus dolus vindicari purgarique solet, proposita. (*vid. Them.* 3.) Verum talis deceptio & circumventio iis permissa censeri debet, quæ CITRA FRAUDULENTUM, contrahentium CONSILIUM, re ipsa & incuria eorundem contingit; quod fit, si emptor ingentia projiciat pretia pro re, quam & ille, & venditor iis dignam credant, quo postmodum apparente, injurii erimus, si propterea alicujus doli malivè animi venditorem incusaverimus; injurii itidem, si contractum rescindi dixerimus. *l. si voluntate, C. de rescind. vend.* Et ut natus infans sine nutricis lacte ad vitæ crescentis gradus perduci nequit; similiter non poterit societas humana sine contractibus persistere, & sine commerciorum certa lege ad sui perfectionem pervenire. Quod si autem hanc legem sustulerimus, & pretii pro re dati summam æqualitatem urserimus, contractuum vigorem, & commerciorum frequentiam ut collabamus plane consequens est. Quis enim, si per summam scrupulositatem Mathematica illa pretii æqualitas foret observanda, contractum inibit: aut rem suam (si paulo majori vel viliori pretio celebratam emptionem rescindendam volumus. *d. l. si voluntate.*) per emptionis & venditionis modum communicabit? Et facit in rei hujus probationem quod tradit *Philosoph. 9. Ethic.* Lex amicitiæ ea est, ut rei utilis repensatio secundum utilitatem fiat: quam, qui beneficium suscepit, consecutus est: contingit autem; ut emptor cumulatius ex re empta beneficium suscipiat, quam res ipsa valebat, ut si equum emit, quo hostile effugerit periculum. Quibus observatis, & *Theologorum*, & *Philosophorum*, & *ICtorum* cessant argumenta. Sunt enim illa talia, quæ dolum & malam fraudem impugnant; quam *nos & lex nostra* non secus ac *illi* aversamur. At quæres, *cur ad dimidium usque pretii justi læsio extensa sit?* Respondeo. 1. Quia in dubiis medium eligi solet. §. *final. Inst. quib. ex caus. manumit.* 2. Quia rectius hoc modo putatum fuit, excitare posse diligentiam, quam hominum natura desiderat, præsertim in his contractibus, in quibus utriusque par est conditio, & quodammodo læsi curent in posterum cautius merca-

ri. *l. incivile. C. de furt.* 3. Quia contractus non facilè rescindi debent: procedunt quippè utriusque voluntate, cui cum tanta læsio contraria appareat, rescindi debent. *l. 8. c. de rescind. vendit.*

DISPUTATIO SECUNDA.

AD

L. 2. C. de rescind. vend.

RESPONDENTE

CHRISTIANO Schwartzen/ Gryphisvvald. Pomer.

THEMA SEXTUM.

Quæritur, An beneficium hujus L. etiam veteribus JCtis cognitum fuerit?

Negat Arr. Pinel. *in h. l. 2. p. 1. c. 1. num. 12.* Id autem *(inquit)* mihi verosimile esse incipit: quia diligentius advertens ad jura, *quæ Dd. citant*, comperi nihil iis de remedio hujus legis sancitum. Advertebam etiam in responsis *JCtorum* nullum extare verbum quo certa læsionis quantitas distinguatur, ut hæc lex novè constituit. Sic etiam expendebam *in tit. ff. de rescind. vendit.* nullum hujus rei vestigium reperiri. Considerabam item, tàm insignem juris dispositionem, si eo tempore extitisset, perspicuè

exprimendum fuisse: cum ICti ipsi ita admoneant, ut iis quæ notabilia sunt. *l. item apud Labeonem §. ait Prætor ff. de injur.* Adhæc ponderabam, nec in constitutione aliquâ alterius Principis mentionem haberi hujus remedii & electionis, ut comprobat *l. si voluntate c. h. t.* Et id etiam probari putabam *ex verbis hujus legis*, dum ad hoc solâ æquitate & humanitate fundatur non obscurè significans diversum jus anteà fuisse: Videbam & manifesta verba. *Ulp. in l. 16. §. pen. ff. de Minor.* Colligi idem potest *ex l. à Divo Pio. §. si pignora. ff. de re judic.* Ubi dicitur; non posse quem rescindere conventionem vel acceptationem alicujus rei vel summæ, pro re vel quantitate sibi debita, etiam si longè minus acceperit. Tandem profert locum *ex Cicer. offic. lib. 3.* ubi refert vafram calliditatem *Pythii* venditoris, qui *Cannium* equitem Rom. circumvenit, steriles & nullius ferè pretii hortos, fertilissimos & magni pretii esse persuadens, & illos ita ei vendens quo nomine nullam actionem, nullumque remedium emptori læso fuisse testatur *Cicer.* subdens, *quia nondum Gallus Aquilius de dolo formulam pertulerat.* Et ita evidenter probat ex læsione, quantumcunque maximâ, cessante dolo, etiam suo tempore jus ad rescindendum non dari *Hactenus Pinellus.* Quæ etsi primâ fronte speciosa videntur, vera tamen non sunt; liceat enim ad exemplum ICti *in l. quinquaginta. ff. de probat.* nobis sic loqui. Nec enim credibile est, *ICtos*, quibus nihil frequentius; quam id: Bono & æquo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius; aut damnum sentire per alterius lucrum. *l. jure succursum ff. de jur. dot.* Item; jure naturæ æquum est, ne quis locupletetur cum alterius detrimento. *l. 14. ff. de condict. indeb. l. jure naturæ ff. de R. J.* ita fuisse oblitos, ut crediderint tantam ac tàm enormem læsionem in contractibus admittendam esse. Quod ut tantò firmius credatur, sic arguo: Nullibi *in ff. libris* invenitur species rei venditæ, dimidio minoris, & ratæ venditionis. Quapropter nec statuendum eo jure ratam haberi venditionem, quæ tàm immodicam continet læsionem. Quinimò si ostendatur, per contrarium expreßè improbari, corruet vis argumentorum *Pinell.* Id autem ostenditur evidenter *ex l. 2. ff. depos.* Si hæres ignorans rem apud defunctum depositam vendiderit, & nondum pretium exegerit; vel si minoris, quàm debu-

it, eam rem vendiderit, conventus actione depositi absolvetur, actori suas cedendo actiones. Duo quasi membra lex continet; prius est, si pretium nondum exactum & justum fuerit; alterum est, siquidem nec exactum, sed minoris venditum, utroque casu actiones cedi debent; priori ex vendito: Sed quæ POSTERIORI? Ex *Pinelli* sententia nulla erit: siquidem, *uti ipsius est sententia*, jure illo nocuit in infinitum decipere. *ICtus* autem statuit actionem cedendam esse; ut rectè; actionem cedet, neque aliam, quā quæ competit in id, quod dimidia veri pretii pars, *juxta constitutionem nostram*, persoluta non est. Nam si vel dimidium veri pretii sit datum, nec ex *nostra* vel etiam sententia *Pinelli*, ullo modo rescindi debet venditio, ut sic per contrarium evidentissimum læsionis ultra dimidium argumentum *in lege eâ* appareat. Et rectè *Cujac.* in sententiæ hujus comprobationem allegat *l. 47. ff. de Evict.* ubi species relata est rei venditæ ad finem dimidii justi pretii, servi scilicet valentis 10. & venditi 5. Quæ venditio rata & firma est. Nec obstant argumenta *Pinelli*: Et quidem non priora illa: quoniam *uti nunc ostensum est*, in *ICtorum* responsis læsionis, ac etiam definitæ quantitatis apparens vestigia nequaquam fallacia. Non etiam illud, quo dicebatur, ideò remedium novum esse; quoniam æquitate & humanitate nititur, quasi eò innuatur jus anteà diversum obtinuisse: Non, *inquam*, id movet; quoniam consecutionis hujus ratio parum apud me firma est. *Humanum id dixerunt Impp. ut deceptis subveniatur. Ergò humanitas illa anteà incognita fuit.* Imò in contrarium res agi debet. Quoniam *Lupus* ille, cujus supplicationi respondent *Impp.* se vel patrem ejus deceptum ultra dimidium proponebat, & consequenter contra refractarium emptorem restitutionem ex jure usitato petebat, ei respondent, eam non solum rectè ab illo peti, verum & humanitati consentaneam esse, à quo jus frequentatum non abhorrebat. Quod si sic ponatur; poni autem nulla impedit circumstantia, non solum nobis officit, verum magis confirmat. Quod attinet *l. 16. §. penult. ff. de minor.* non in tantam extendenda est, quasi in infinitum progrediatur; sed cancellis *legis nostra* constringenda est. Opponebatur etiam *l. à D. Pio. 15. §. si pignora. 3. de re judic.* Verum nec illa similiter ad læsionem tàm enormem exigitur: & quoniam à nostris ma-

 gno-

gnoperè de ejus sensu disputatur, sic eam exaudio. Quæstio est: *Si pignora, quæ capita sunt, emptorem non inveniant, qua ratione creditori adduci debeant?* Addicenda enim ei esse, cui debitor condemnatus est, rescriptum esse, R. *JCti*, utique eâ quantitate, quæ debetur. Quæ verba sic communiter explicantur, quasi *JCtus* velit addici pignora pro ea summa, quæ debetur: Qua interpretatione nihil est ineptius, neque injustius, inquit *Duar. 1. disp.* Ideoque is sic exponit, ut pignora aducantur eâ quantitate, i. e. valore & æstimatione, quanta est summa, quæ debetur; ne si fortè pluris vel minoris valeant, alteruter, id est, debitor & creditor adficeretur injuriâ; Quæ tamen expositio videtur & menti & verbis *JCti* contraria: Imò conjendo tacitè à *JCto* objectum *Duareni* dilui. Cum *Duar.* enim si quis objiciat; iniquum videri debitorem gravari, si forsan pignora pluris valeant, quàm debitum est; Respondebimus *cum JCto*; id non esse, quoniam si & creditor in creditum voluerit pignus possidere, non poterit id, quod excedit, petere, quia velut pacto de cætero transegisse videtur. Sic & priore casu, cum propter pecuniam emptorum creditori pignora addicuntur, non poterit conqueri debitor, quia quantum in creditore est, nullo afficitur ab eo damno debitor, quia sæva & scæva necessitas ad hanc addictionem eum compellit. Cum itaque illo in casu damnum sentiat, ut hoc commodum habeat, rationi consequens est. *arg. l. 7. de peric. & commod. rei vend.* Et rectè huc applicatur elegans decidendi ratio, quam subjicit *JCtus*: nec posse, *ait*, cum in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere. Atque hanc sententiam comprobat similis locutio ejusdem *JCti in l. si servos. 2. in pr. de pign. act.* Non etiam ultimò adductus *Ciceron.* locus officit: quoniam longè is casus dissimilis est à nostro; quod nec negat *Pinell.* & exinde infert; quoniam dolus post introductas de dolo formulas vindicatur: relinquitur nullo intercedente dolo, etiamsi immodica sit læsio, rescissioni contractus haud locum fore. Verum incerta res est; læsum quidem *Cannium* fuisse constat, sed in quantum? Et si de tanto constaret, non tamen is casus propter dissimilitudinem respectuum ad nos pertinet.

THE-

THEMA SEPTIMUM.

Similiter & hoc dubitatur; An remedium h.l. etiam in emptore obtineat?

Apparet id ex contentiosis istis Disputationibus, quas olim *in Gallia* exercuêre *Cujac. & Robert.* Ille enim *16.obs.18.& 23. obs.32.* neutiquam id admittendum existimat Hic verò per contrarium adfirmat *2.animadvers.13.* Cui respondet *Cujac. in Not. ad animadv.l.2.c.13.* Replicat Robert. *in not. ad not. Cujac.2. lib.13.* Res etiamnum pendet: nam & exortus est, qui sententiam *Cujac.* omninò recipit. Is est *Anton. Fab. in error. pragmat. decad. 8. error. 7.* Stabimus *nos* pro communi contra *Cujac. & Fabrum.* Argumentum *Cujacii* tale est: quod & apertissimam & evidentissimam inter emptorem & venditorem dissimilitudinis rationem ostendit, *inquit Faber.* Quia, *inquit*, venditorem plerunque necessitas rei familiaris compellit vendere pretio minore. *l. 2.l. non idcircò. 12. si quis. 16 C. de rescind. vendit. l. 1. C. de præd. Decur. l. 2. C. sine cens. vel reliq.* Emptor verò ultrò accedit ad emptionem prædii, sæpè fraudandi causa, & plerunque emit pretio impenso & immodico, affectione oportunitatis vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti sint. *l. 1. §. & aliàs 15. ff. si quid in fraud. patron.* Vel quod majorum ejus fuerit. *l. si emtione. 34. de contrah. empt.* Quibus casibus sivè prudenter, sive stultè faciat, quia tamen sponte facit, nihil causæ est, cur ei subveniatur. Quo spectat Diog. *apud. Cicer. 3. offic.* sententia: An te emere coëgit *(ait)* qui ne hortatus quidem est? quod non placebat, proscripsit: Tu, quod placebat, emisti. Verum illud argumentum speciale est; quam ut jus universale, quod nos in emptore quærimus, constituere possit. Loquitur quippe de eo emptore, qui emit, ut substantiam suam augeat, & venditore, qui suam ut minuat, *ut loquitur Salvius Julian. 5. de provid. DEI.* Quapropter si nunc casum *contra Cujac.* invertamus, & cum constituamus emptorem, qui Diomedæa necessitate compulsus fundum vel domum, quam inhabitet, emat; venditor verò fastu divite non nisi pretio immodico ven-

dat,

dat, hic certè *Cujatii* argumentum non obtinebit: quin potius in emptore valebit ratio ejus, & beneficium obtinebit: in venditore denegabitur. Quinimò *Cujacii* propositio ne quidem suo in casu obtinere *mea sententiâ* poterit; siquidem ea fovet Fallaciam non causæ ut causæ. Quæ enim causa *d. l. 2.* ? An quia emptor dives, & venditor pauper? Neutiquam; sed quia venditor læsus: Ne dixeris conjunctim hæc efficere; aliàs enim sequeretur, venditori diviti id minimè concedi. Si ergò læsio causa beneficii est; uti esse ostendunt verba *d. l. 2. ibi: minoris distraxerit*: cur non ubi læsum offendimus emptorem, æquè ipsum ut venditorem juvamus? Et sit hoc argumentum *pro hac opinione*: Humanitate suggerente læsis succurri innuit *d. l. 2. ibi: humanum est.* Illa verò à parte emptoris stat potior, quam venditoris: Venditor enim circumventus habet, quod sibi imputet, cur tàm vili levique pretio res suas distraxerit, cum præsumatur habere noticiam valoris rei suæ. *l. quisquis C. de rescind. vendit.* In rebus autem factisque propriis intolerabilis est error, *l. plurimum ff. de jur. & fact. ignor. l. cum falsum. de acquir. hared.* Emptori verò nihil tale imputari potest; quia non scientia, sed ignorantia in factis rebusque alienis præsumitur. *l. ult. ff. pro suo.* Habet & aliud argumentum *Cujacius*. quia leges omnes venditori tantum fraudato supra dimidium justi pretii dant repetitionem, nulla verò opitulatur emptori, qui fundum iniquissimo pretio emit *l. 2. l. 8. C. de rescind. vendit. l. 1. C. si major. fact. alien. fact. rat. hab. c. 3. & penult. extr. de empt. & vendit. & Novell. Roman. Senior. de rescind. vendit.* Verum parvi roboris est: Constat enim *leges Codicis* ad species propositas applicatas esse; quibus nec addunt, nec detrahunt quicquam. Loquuntur itaque in venditore, quia de eo consulti responderunt *Impp.* non quod idcircò, si de emptore interrogarentur, negarent. Et quis negatum contendet? cum æqualiter utrisque se invicem circumvenire liceat. *l. in causa. 16. § penult. ff. de Minor. l. item si pretio. 22. Locat. l. 8. C. h. t.* Par igitur & æquabile est, ut utrique idem beneficium detur, si circumscriptio modum lege definitum excedat. Negabat consequentiam hujus argumenti *Cujac.* Quia (*ut ille putabat*) dispar erat ratio. Sed nulla est disparitas; paritas & similitudo [illegible], ut & hoc modo inter contrahentes servetur æqualitas. *l. 1. C. de [illegible] express.* cum par sit lucri & quæstus studium ac idem ardor.

THEMA OCTAVUM.

Ut autem venditori ex hac lege *succurritur, cum ultra dimidium justi pretii deceptus est, veluti si rem decem dignam quatuor vendidit, similiter emtori subvenitur, si rem emit pretio excedente plus duplo valorem; ut in superiore exemplo, si rem quatuor dignam decem emerit.*

Quod hominum naturalis ad dissentiendum sit propensio in re clarissima animadvertere licet. *Minus autem pretium*, habet textus noster, *esse videtur, si nec dimidia veri pretii pars soluta sit.* In venditore id assequuntur ac concedunt, quod sciam, plerique: In emptore varietas est. Sunt enim, quorum opinio quod quantum decrescat de justo pretio venditori decepto, tantundem adjicere debere justo pretio emptorem, ut qualitas in utroque servetur; veluti si plus quam quindecim emerit rem, valentem decem. Verum fracta & rejecta est hominum doctorum argumentis hæc computatio; & est contra eum, *quam tantopere superiori quæstione voluimus*, æqualitatem. Constat enim emptori datum ad similitudinem venditoris hoc beneficium; si autem non volumus potiorem esse imitantem eo, quem imitatur, quod prohibet *§. minorem. Inst. de adopt.* inevitabiliter consequitur, ut venditorem tunc demum ultra dimidium læsum dicimus, ubi pro re valente 10. accepit 4. Ita & emptorem similiter læsum putamus, si rem 4. dignam 10. emerit. Et peccat superior computatio in eo; quia dimidiũ valoris rei in emptore inspicit, cum ex nostrâ computatione dimidiũ ejus, quod datur, cõsiderari debeat. Atq; ita infringitur argumentum superius, quod erat de æqualitate inter contrahentes observanda: quoniam æqualitatem nos maximè volumus, & servatur respectivè, secundum læsionem, quam quilibet patitur, facta relatione ad id, quod

dat & accipit. Quæritur; *An etiam ob minimum excessum supra dimidium concedatur beneficium hujus legis?* Res bona fide empta propter minimam causam inempta fieri non debet; *inquit Paul. in l.54.ff. de contrah. empt.* Verum *lex illa* non loquitur in terminis læsionis ultra dimidium; nec rectè minima causa dicetur *in casu nostro*, si læsioni excessus ille ultra dimidium conjungatur; quod vel exemplo naturali probare potest *(inquit Padil. hic n.41.)* in ponderibus, in quibus vel modicum prægravat atque inclinat bilancem: & modicus licet sit excessus, est tamen ultra dimidium, quo ipso contenta est *lex nostra*. Et hæc adjectio Pluris *in l. nostra*, non infinitam pecuniam continet sed, modicam duntaxat, uti loquitur Paul. *in l. hac adjectio.192 de V.S.*

THEMA NONUM.

Non interest, læsio circa rem mobilem vel immobilem contingat; utrobique enim considerabitur.

De immobili nullum est dubium. Lex enim nostra de fundo concepta est. At inde nonnulli quærunt; *An de mobili idem sit pronunciandum?* Negat id *Cujac. 16. observ. 18.* Pertinet *(inquit)* ea lex ad res soli, non mobiles. Quod si ab eo prolatum acciperemus, qui dicendo id statuere posset, jus esset; At cum Interprete agitur. Argumentum ejus tale erat: quia *d. l. 2.* ut & aliæ de rescissione contractus tractantes leges fundi solummodò mentionem faciunt. *l.4.l.8.l.15.C.h.t.* cui addi potest, quod propter rem minimam non concedatur restitutio. *l.4. de restit. in integr. l.54. de contrah. empt.* Rerum autem mobilium vilis parvique momenti esse possessio. *l. si rem mobilem ibid. gloss. de acquir. possess.* Verum *Dd. communiter* eunt in contrarium; moti, quod *d. l. 2.* faciat mentionem rei, cujus appellatio est latissima, Verum hoc argumentum non admittebat *Cujac. in not ad animadvers. l. 2. cap. 12.* quia quod initio rem dixerat, postea fundum protinus esse demonstrat; atque ita non exemplum, sed demonstrationem esse,

si-

sicuti in *l. 1. §. 1. de reb. cor. qui sub tutel.* cum initio ait, *si communis res*; & paulò pòst subjiciat; *agrum*; non exemplum, sed demonstrationem facit, quia non potest esse, nisi immobilis ex oratione *Severi*, de qua *eo loco* agitur. Sic cum *l. 1. C. si per vim vel al. mod.* dicatur, quod interdictum unde vi competat cujuscunque possessionis nomine, ad res tamen mobiles deduci nequit, *l. 1. §. illud utique ff. de vi & vi armat.* Verum contra *Cujac.* persistebat *Robert. in not. ad not. d. lib. 2. animad. 32.* et existimo communem sententiam veram esse: nec enim tàm rem, quàm circa eam contingentem læsionem consideramus, quæ cum tàm in mobili, quàm re immobili esse possit, nulla ratio est, cur non *legis nostræ* beneficium admitteremus; imò eadem illa humanitas, quæ dictat, ne tàm immodica læsione prægravetur contrahentium alter in specie *d. l. 2.* obtinet, & suum exerit jubat ad mobiles res cum ex earum distractione æque iniquum sit, ut venditor lædatur; æque humanum verò, ut eidem succurratur. Finge enim *Titium* porcellum vendidisse 4. cum tamen vendi potuisset 10. Finge hominem esse fortunæ non usque adeò lautę, qui porcellum, quem habet, servat tanquam suum oculum, ut loquitur *Gloss. in l. 6. §. 5. de offic. præsid. Roman. singul. 714.* an iniquum existimaveris eidem succurri? Nec obstant *Cujac.* argumenta: quoniam ad primum dicimus, *uti dictum th. 7.* leges illæ loquuntur de fundo, quoniam consulti de eo responderunt *Impp.* haud dubiè idem responsuri, si de mobili re consulti fuissent. Et concedi potest *Cujac.* fundum esse demonstrationem rei in specie *legis nostræ*: At generaliter id dicere haud admittimus: non quidem *arg. d. l. 1. §. 1. de reb. cor. qui sub tutel. & l. 1. C. si per vim &c.* quoniam iis casibus ratione speciali & eo jure expressa, quod de immobili dicitur, ad rem mobilem trahi non potest; nostro verò potest. Alterum quoque argumentum parum urget. Nam etsi *Glossa ibidem* hæc sit collectio, quod rei mobilis vilis & adjecta sit possessio, eò quod facilius perditur, quam rei immobilis; tamen collectio ea neutiquam *eo textu* probatur, cum constet mobilium interdum præstantiorem esse possessionem, quàm immobilium. Vult itaq; *is textus* saltem ostendere, facilius quidem amitti mobilium, quàm immobilium possessionem. Cum enim harum fixa magis, & eodem in loco stabilior natura sit, quàm illarum

non mirum, si & facilius mobilium perdatur; immobilium verò possessio fixius retineatur.

THEMA DECIMUM.

Nisi valorem sciverit venditor, animoque nihilominus lubenti infra dimidium justi pretii vendiderit; tum enim uti h. l. *beneficio prohibetur.*

Contrarium habuit *Pinell. p. 1. c. 2. num. 11.* Primò: quia id Christianis hominibus decentius est. 2. Quia *Interpp.* sibi ipsis non constant. 3. Quia nostra admissa sententia rarò beneficium *l. 2.* haberet locum, cum unusquisque sciat rei suæ valorem. *l. si quisquis. C. h. t.* 4. Quia *lex nostra*, ut & *l. si voluntate. C. eod.* loquantur generaliter, nec distinguunt, utrum venditor sciverit rei valorem, nec ne. Generaliter igitur & indistinctè exaudiendæ erunt. *arg. l. de pretio. ff. de public. in rem act.* 5. Facit etiam argumentum ab absurdo: Nam ex communi opinione facilimè tolleretur remedium *h. l.* probando conjecturas urgentes, quæ sæpius probari possent; ad colligendam scientiam valoris in venditore & emptore. Quam *Pinelli* sententiam defendit & *Francisc. Sarmient. 1. select. Interp. 11. num. 6.* Quinimò idem, quod fortius nos impugnat *d. c. 11. n. 4.* ne quidem in venditione adjicere posse, se scienter donare, quod excedit: Quia licet quis possit liberè donare, tamen ex causa emptionis non valet donatio; quia eâdem necessitate, qua ad vendendum pervenit, videtur & istam clausulam adjicere, ut reperiat scilicet emptorem. Sicut enim circumvenitur in vendendo viliore pretio, circumvenitur in adjectione donationis. *arg. l. doli mali. §. diversum. ff. de novation.* 2. utitur *l. 2. §. item relatum. ff. de minor. l. societas. in fin. junct. l. si non fuerit. §. fin. ff. pro socio*: ubi societas ita coiri non potest, ut alter lucrum solùm ferat; alter damnum; etiamsi maximè donationis gratia dicat se societatem contrahere. 3. Quia licet contractus ex conventione partium legum accipiant

l.

l. 1. §. si conveniat. ff. deposit. l. 2. C. de jur. Emphyt. l. legem. C. de pact. l. semper in stipulationibus de R. J. Id tamen non procedit, quando is, qui mutuam pecuniam accepit, ultra sortem usurarum nomine obligatur aliquid dare, etiā per viam donationis, *arg. l. si tibi decem ff. de pact. l. rogasti. §. si tibi ff. de reb. cred.* quoniam ille, qui pecuniam dat, non simpliciter voluntariè dat, sed cum quadam necessitate, in quantum indiget accipere pecuniam mutuò, ut docet *Thomas 2. quæst. 70 art. 1. ad fin.* 4. Origo contractus inspici debet. *l. non origo. ff. Quod vi aut clam. l. 4. §. is autem. ff ad SC. Maced.* Cum autem venditionem velint celebrare, non donationem, quā ratione donationem admittemus? Finis enim venditionis multum distat à donationis fine, quod patet. Ergo. Verum horum opinio mihi non placet; Qui sciam splendidissimi nominis ICtum *Ulpian.* in hanc sententiam descendere; si quis, *inquit*, donationis causa minoris vendat, venditio valet. *l. si quis donationis. ff. de contrah. empt.* Et hic noster donat; si expressè, quod contra *Sarmientem* est, stat inmota *lex Ulpiani.* Si tacitè, quod volumus ex illa scientia, quam habet *l. venditor. C. de rescind. vend. l. cum donationis. C. de transact.* labefactabitur *Pinelli* conclusio. Et quā fronte scienti subveniemus? Læsio enim ut basis & fundamentum rei attenditur; At quā ratione læsum se is dicere potest, qui rei valorem scivit, & animo volente & spontaneo vendidit, atque ita donavit? *l. 145. ff. de R. J. c. scienti. de R. J. in 6.* Et si id potest jure permittente; posse autem concedimus, ex conventione, quæ dat contractui formam *l. legem. C. de pact. l. contractus. de R. J.* tenetur stare contractui. *l. sicut. C. de O. & A.* Posse autem ex eo diducimus, quoniam rei suæ moderator & arbiter est. *l. in re mandata. C. Mandat.* Quin in hujus sententiæ probationem est locus Pauli *in l. domam. 57. §. simili modo. 2. ff. de contrah. empt.* Simili quoque modo, *inquit*, ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat. Et hic enim oportet & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi; vel si solutum sit, non repeti. Cui textui nihil aliud respondet *Pinell. d. c. 2. n. 14.* quàm legem non collimare casum nostrum, quia *legis nostra* beneficium *veteribus ICtis* incognitum fuit. Verum quidem est, non ad casum nostrum *Paulum* respi-

cere, attamen propter rationis identitatem eum in consequentiam, quod facere jubemur, *l. 10. 11. 12. 13. ff. de ll.* ducimus. Scivit *apud Paul.* emptor, domum fuisse exustam; ignorabat venditor; nihilominus emit; postmodum rescindi emptionem desiderat, quæritur, sitne audiendus? Negat *Paul.* Cur enim domum exustam sciens emit? Sibi itaq; hoc damnum sua utpotè culpa contingens imputet. Simili ergò pariq; modo quis non videt *Paul.* responsurum fuisse, si de casu nostro ex suo quæsitus fuisset. Nã quod *Pinell.* existimat, *Paulo*, beneficium *l. 2.* incognitum fuisse, jam satis superque *Themat 6.* refutavimus. Non omittam hîc, quod sciens & volens æquiparetur renuncianti & remittenti jus & actiones suas. *l. 1. §. ult in fin ff de act. empt.* Renuntianti autem & remittenti hoc jus non competit, *ut latius inferius dicemus.* Et quid multis? Diximus enim *in Them. 5.* quod in specie *l. 2.* non consideretur deceptio, quæ à scientibus committitur, sed talis, quæ ab ignorantibus fit; & læsionem contingere, non dolo, aut animo deliberato & sciente, sed ex reipsa & incuria, id est, uti uterq; putat rem pretio respondere, nec pluris aut minoris valere. Quod certissimum *ejus legis* fundamentum est, & absque eo nunquam procedet. Id autem constat, scienti & consentienti applicari non posse. Dum enim scientiam ponimus, incuriam & læsionem reipsa provenientem excludimus. Nec stringunt argumenta *Pinelli*: Quod enim pro primo existimat, suam sententiam Christianis decentiorem esse, mihi nondum constat. Cum enim nec Christus, nec præcepta Christi mihi rerum mearum donationem prohibeant, cur prohiberent scienter & volenter minoris vendere, & quod excedit, donare? Nec quod de *varietate & inconstantiâ Dd.* adfert, juris æquissimi hujus luminibus officere potest. Nec enim mihi verendum, quod *alibi Horat.* veretur:

———————Clament periisse pudorem
Cuncti penè patres: ea cum reprehendere conor,
Quæ gravis Æsopus, quæ doctus Roscius egit,
Vel quia nil rectum, nisi quod placuit mihi, dicunt.

Nam in hanc sententiam nostram illi transeunt, qui & doctrinâ & ingenio præstantes sunt, ut varietas quorundam non atten-

tendi debeat, nec etsi major esset, propterea veritati præjudicium fieret. Objectio tertia, quæ erat *ex l. quisquis C. h. t.* & ejusdem inductione, parum urget: Præsumptio enim, quâ quis rerum suarum valorem nosse dicitur, tanti est, ut ignorantiæ nomine, quod semel egit, rescindere & retractare nequeat; non verò ut etiam remedia humaniter indulta omninò intercludantur. At expressa scientia justis probationibus commonstrata, & donationis speciem habet, & eam humanitatem, quâ tuæ alioquin fragilitati succurrebatur, in contrarium vertit, ne astutæ ac vastæ inconstantiæ auxilium suppeditetur, *inquit eleganter Soarez.* Quarta objectio erat ex generalitate *legis nostræ*, & *l. si voluntate C. eod.* Verum illa facilimè speciali inducta ratione enervatur. Manifesta enim ignorantis & scientis est diversitatis ratio, ut non absurdâ consequentiâ diversum jus postulemus. Sicut enim probabile cuipiam fieri haud poterit; idcircò cordatis hominibus, perfectè, quid agant, intelligentibus, manum esse dandam, quia insanis & luxuriosis sua bona prodigentibus auxilium justissimè feratur: Pari & simili modo haud concedendum, quia ignorantiæ velamento rei suæ valorem ignaro succurritur, & propterea optimè rem suam callenti subveniendum. Ultimum objectum refellitur ex eo, quoniam eum quem nos scientem dicimus, sic scite ponimus, ut ignorantiæ dubitatio subesse non possit. Atque hæc erant, quæ *Pinell.* in suam sententiam protraxêre. & post eum *Covarr. 2. varier. resol. 5. n. 2. Ant. Faber. 8. de error. pragmat. 7.* Succedit *Sarmient.* qui opinionem suam sic instituit, ut à fortiore superior procedat. Argumentum ejus *primum* disertè incurrit *l. si quis donationis. 38. ff. de contrah. empt.* nec læsio ulla potest in eo, qui scit, præsumi. Quod *in secundo* proponebat, facilè resolvitur ex eo, quod pactum tale sit contra naturam societatis. *d. l. societas in fin. & l. si non fuerit. §. final. pro socio*, & ideo admitti consensu partium non potest. In venditione autem hujusmodi convêtio donationis minimè substantiam naturamque ejusdem perstringit, ut sic ratione summa, voluntate partium institui & perfici possit. *Tertium* quoque destruitur *arg l. Papinianus ff de minor.* Quid enim emptio commune habet cum mutuo? Ratio autem diversi juris in promptu est: quoniam, *uti nunc dictum*, conventio donationis non est

con-

contraria emptioni. At hæc conventio, ut is, qui mutuam pecuniam accepit, aliquid ultra sortem reddat donationis titulo, omninò contra mutui naturam est. Nam *sicuti alibi dicimus*, effectus non potest esse major suâ causâ, cum potior sit causa, quàm causatum; *arg. l. digna vox. C. de legib.* Interventus autem rei est causa mutui; & sic per consequens, in plus contrahi non potest; *ut Petrus Glossographus dixerit*, citius stellas de cœlo casuras, quam in plus mutuum contrahi. *Atqui dices*, non mutui, sed donationis titulo reddit plus. *Regero*, propter mutuum tamen fieri, quod debet esse gratuitum. Deinde induceretur ea conventio in fraudem legum, cum earum sit manifesta prohibitio hæc, ne usuræ nudo pacto debeantur. *l. 30. l. 41. ff. de usur. l. 1. l. 3. C. eod.* Ultimum dependet *ex d. l. si quis donationis. 38. ff. de contrah. empt.* Venditio quidem celebratur, sed tamen donationis causa: quoties, *inquit JCtus*, viliori pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. *Si autem fortè pretii quantitas à venditore donata. 500. aureorum excedat, quæritur, an insinuatio requiratur?* Et sunt, qui hoc dicunt: quoniam hæc venditio donationis causa fit, ut loquitur *Ulp. in d. l. si quis donationis. ff. de contrah empt.* & sic vera donatio est. Fit enim nullo jure cogente, & sic datur. *l. 1. l. donari. ff. de donat.* Remittit quippe venditori jus illud, quod ipsi beneficio *hujus leges* competebat: nisi enim remisisset, aut justum pretium, aut rem consequi potuisset. Quæ sanè remissio nihil aliud, quàm donationem quandam continere videtur: Insinuatio ergò necessaria est. *L. sancimus. C. de donat.* Sunt per contrarium, qui illud negent: idque ex contrahentium intentione, quæ est, ut venditio, non etiam donatio celebretur. Illa autem *sicuti nunc dictum*, præ oculis habenda & inspicienda vel maximè est. *d. l. contractus. de R. J.* Quod ostendi potest ex illo *Ulpian.* responso, & nunc sæpius citato: *Donationis causa fieri venditio potest.* Est ergò venditio, etiamsi fiat pretio viliore. Et quid magis substantiæ & donationis naturæ contrarium fieri dicivè potest, quàm pretium & recompensatio? Ideò, quippè donator donat, ut liberalitatem suam erga donatarium exerceat, & nihil invicem dati recipiat; Quo spectat *Cicer. l. 1. d. ll.* Quid liberalitas, gratuitavè est, an mercenaria? Si sine præmio, benigna est; gratuita, si cum mercede

vede conducta. Nec est dubium, quin is, qui liberalis benignusvè dicitur, officium, non fructum sequatur: Et qui, *ut Claud lib 4. in Europ.*

Nil negat, & sese vel non poscentibus offert.

Non itaque rectè donatio, siquidem pretium adest, dici potest. Nec igitur per inevitabilem consequentiam insinuatione opus erit, ut rectè ille nihil ignorare solitus *Baldus* dixerit *in rubr.C.de contrah.empt.* quod venditio viliore pretio facta non sit donatio, sed damnosus contractus. Ex quibus facilè *superiori allato argumento* responderi potest.

THEMA UNDECIMUM.

Scientiam non tamen eò usquè extendimus, ut velimus hominem sagacem, & res suas diligenti curà tractare solitum, eo ipso, quasi etiam is sciverit, beneficio hujus legis *excludi.*

Secus *in hanc legem* nonnulli commentati sunt, verum miserè eam contorquent. Quis enim simplicibus & stulticolis eam latam solùm dixerit? *contra l. 4. ff. quod vi aut clam. l. 24. ff. quæ in fraud.cred.* Continget id contrariâ positâ sententiâ. Stulti enim & simplices suæ stultitiæ præmium consequentur *ex hac lege*; sagaces propter suam sagacitatem (quæ meritò fraudi illis esse non debet. *d.l.24.quæ in fraud.credit.*) eâ privabuntur. Et sit sanè Finge, hominem omnia & minutissima quæque rimari solitum, in contrahendo versutissimum, in agendo cautissimum, attamen hæc omnia facti esse negari non potest, quorum cum scientia etiam prudentissimos fallere solet, potestque *l.2 ff de jur. & fact. ignor.* non firmâ satis ratione, si læsi, si decepti fuerint, ipsis auxilium *hac lege* denegabitur. Atque hujus in confirmationem trahi potest *l. 1.C. qui & advers. quos.* quæ etsi de minore 25. annis loquatur, ratione tamen bona ad hunc casum induci

Ddddddd potest

poteſt. Minor ejus in ſpecie diligentis patrisfam. vicem obierat publiciſque actibus induſtrium ſe probaverat, ut lapſum eum per ætatis lubricum veroſimile haud fuerat. Reſcribit tamen *Alexander Imper.* quod ſi cauſa cognita læſus & circumventus deprehendatur, reſtitutione juvandus ſit. Sic re in conſequentiam ducta, etſi major ſe ſagacem & prudentem valdè oſtendent, ſi tamen læſus deprehendatur, reſtitui debet. Et quod quis ſit prudens, ſagax, & induſtrius; meretur quidem hanc præſumptionem & probabilem conjecturam, ut non facilè credendum ſit, eum circumventum aut læſum fuiſſe: Atqui ſi circumventus reipſa oſtendatur, utique auxilio dignus erit, cum in claris conjecturis locus non ſit. *l. continuus. §. ſi ita. ff. de V. O.*

THEMA DUODECIMUM.

Et quamvis lex noſtra *ſaltem de venditione loquatur, obtinuit tamen, ejus deciſionem ſimiliter in reliquis bonæfidei contractibus obtinere, dummodo cauſæ ſimiles ſint, hoc eſt, unus det, & alius viciſsim accipiat.*

Et rectè: paria enim ſunt, quid erui ex mente legis, & verbis. *l. nominis 6. §. verbum ff. de V. S.* Mens autem *legis noſtræ* innixa æquitate innuit; ut ubicunque æquitatis haberi ratio poteſt: debet autem haberi in contractibus bonæfidei. *l. 3. §. final. pro ſoc. l. 8. C. h. t.* ibidem ſimiliter exerceatur hoc æquitatis auxilium, ne aliàs, quos eadem innectit juris ratio, contraria copulet juris diſpoſitio, *contra l. illud ff. ad L. Aquil.* Idque videntur velle *Impp. Diocles. & Maxim. in l. contractibus. 3. C. quib. ex cauſ. major.* Ex contractibus, *inquiunt*, qui bonæfidei ſunt, etiam majoribus officio judicis, cauſa cognita, publica jura ſubveniunt. Quæ tamen lex alium poteſt videri fovere caſum. Quod enim officio judicis læſo ſuccurri vult, contra nos & legem noſtram

stram est, quæ *sicuti infrà dicetur*, actionem, non judicis largitur officium. Verum expedita res est, si officium actioni inservi-ens (quod voce magis, quam sensu incommodo *Dd.* mercenarium vocant) intellexeris, *uti in l. officium. ff. de R. V.* In thesæos probationem allegari solet eorundem *Impp.* constitutio *in l. majoribus 3. C. commun. utriusq. jud.* de qua dicemus *themate. 14.* Interim *Simmachi* elegans & nobis contraria sententia prætereunda non est. Juris *(ait)* & legum vox hæc est: *bonæfidei contractum non rescindi* Rectè: nisi fraus vel dolus intercesserit.

THEMA DECIMUM TERTIUM.

Ex quo improbamus eorum sententiam, qui in permutatione beneficium l. 2. *obtinere negant.*

Facit id *Molinæus in comment. consuet. Parif. tit. de feud.* § 22. & eum sequuturis, qui dum errores Pragmaticorum colligit, suos sæpè prodit, argumentis sequentibus. 1. Quoniam in ea supplicio sive restitutio æstimationis in pecunia, partium æstimationi minimè convenire potest. 2. Quia *d. l.* loquitur saltem de venditione. 3. Quia etsi permutatio sit contractus bonæfidei, non tamen ex eorum numero est, in quibus naturaliter licet contrahentibus se circumvenire in pretio: (quia neque in permutatione pretium est, neque inter permutantes iste tractatus præcedit, quem in venditionibus præcedere ait *l. si voluntate: 8. C. de rescind. vendit.* Consequens est, ut si qua læsio & inæqualitas intervenerit, ea corrigi possit æquitate judicii bonæfidei, nec extrinseco egeat auxilio, ex regula *l. 3. C. commun. utriusquè Jud. l. 3. C ex quib. caus. major. l. 6. § ult. l. 12. §. 1. ff. de jur. dot.* 4. Quod si is, qui læsus fuit, aut prior impleverit contractum, ut actionem ex placito permutationis haberet, *l. ex placito. C. de rer permut.* aut agenti adversario consenserit; atq; ita implementum utrinque subsecutum sit, est sanè quod sibi imputet, cur communi juris beneficio uti noluerit, planeque indignus est, si ma-

major sit annis 25 cui succurratur post duplicem consensum à se præstitum, & cum contraxit, & cum contractum implevit, sicuti de divisione scriptum est *in l. si inter. C. comm. utr. jud.* cui permutatio similis est. 5. Quia non sicut plerumque venditor necessitate rei familiaris premitur, ut rem suam, quæ multò pretii majoris sit, vilissimo distrahere cogatur, ita & qui rem suam permutat. Non tàm enim id agit, qui permutat, ut alienet, quàm ut acquirat, ideoque minus dignus, cui miserationis, *& ut Imperatorum verbis utar*, humanitatis induitu ei succurratur ex causa solius immodicæ læsionis. 6. Quia permutatio non venditionis, sed emptionis vicem obtinet, quia utriusque permutantis animus est, ut sibi acquirat, non ut alienet. Quod enim utrique alienat, fit per consequentiam, quia fieri aliter non posset, ut alter alterius rem haberet, quippe quam nolit Dominus alienare, nisi eâ mente, ut in ejus locum aliam sibi comparet. Cum enim is, qui acquirit ab alio, nihil habet, quo vicissim alius indigeat, pecunia, non res pro re, datur, tumque emptio, non permutatio contrahitur *l. 1. de contrah. empt. l. 5. §. 1. de præscript. verb.* Emptori autem non opitulatur *d l. 2.* Ergò. Atque hoc posterius argumentum habet, & *Cujac. 2. Not. ad animadv. 14.* qui permutatori manum porrigit, quatenus venditori, non etiam emptori similis est. Verum contra hos sic argumentamur: Surrogatum sapit naturam surrogati. *l. 1. §. hac actio. ff. si quis testib. lib. esse juss. l. si crim. §. qui injuriarum ff. si quis caut. l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. §. fuerat Instit. de act. l. filia. §. fin. de condit. & demonstr. l. si donata. §. si sponsus. ff. de donat. int. vir. & ux.* Permutationis autem in surrogata est emptio. *l. 1. de contrah. empt.* Emptionis autem in contractu conceditur remedium *d. l. 2.* Ergò & in permutatione: plus enim aliàs concederetur emptioni, quàm permutationi. 2. Ubi eadem est ratio, ibi idem similiter jus erit *l. illud. ff. ad L. Aquil.* At in permutatione eadem, quæ in emptione, viget ratio: Dat enim unus, alter accipit: Læditur unus, alter locupletatur; ut rectè *Arist.* dixerit, permutationem vicinam emptioni esse. *l. 2. ff. de rer permut. & Impp. in l. 2. C. eod.* 3. Nec potest negari, quum eadem humanitas, quæ æqualitatem in emptore requirit, obtineat in permutatione Utrobique enim valet ratio prohibitæ læsionis, quam attigit *ICtus in l. 6. §. 2 ff. de jur. dot.* Et cum frequentis-

tissima sit, fieri non possit, quin similiter pars una generis humani exhauriretur, quam rationem habet *Themo. 5.* 4. Luculenter id probari potest *ex l. sciendum. 19. §. deinde. 5. ff. de Ædilit. Edict.* Ædilium canilium edictum ad extirpandas venditorum fraudes in gratiam emptorum propositum est, uti patet *ex l. 1. & tot. tit. ff. de Ædil. Edict.* Quæritur quos emptores intelligant, an qui pretio emunt? Respondet *d. l. sciendum. 20. §. 5.* Ulpian. *Sed & si quis permutaverit, dicendum est, utrumq; emptoris & venditoris loco haberi, & posse utrumq; ex hoc Edicto experiri.* Quod confirmat *d. l. 2. de rer. permut.* Ratione ergò simili in casu nostro, qui uti Ædiles, nihil aliud, quàm illæsos servare cupit contrahentes, si quis permutaverit & læsus fuerit, dicendum est, an exemplum venditoris ipsi succurrendum esse. 5. Probari hoc satis potest generalitate *l in contractibus. 3. C. Quib. ex caus. major* In bonæfidei contractibus subveniendum est majoribus, *uti vult d l.* Permutatio autem est contractus bonæfidei. *§. actionem. Instit. de Actionibus.* Ergò. Nec negocium contrariantium faciunt argumenta. Non *primum*, quod *Molinæus* urgebat. Nam ut *Robert. 2. animadvers. 14.* dicebat, id non obstat, quo minus consimili in re, in qua agitur, & de supplendo eodem modo, quod deest vero pretio, & restituendo eo, quod amplius datum sit, quod in emptione obtinet, id & ad permutationem protractum fuerit. Quia utriusque ex parte ad rei datæ æstimationem deveniri possit. *l. 1. §. Si quis in fraudem. §. sed si emerit. ff. si quid in fraud. patron. arg. l. 1. de contrah. empt.* Sic quod *Secundò* dicebatur *ex Anton. Fabr. d. l. 2.* loqui saltem in venditione, refellitur facilè ex eo, quod non tàm quid verbis, quàm quid sensu & mente legis dicitur, inspiciendum sit *l. 6. de V. S.* At ex mente & sensu omninò permutanti læso auxiliandum jam probavimus. *Tertium argumentum* duo planè falsa continet. Quod enim *primò* dicit, non posse se contrahentes in permutando circumvenire, quia non est pretium; refellitur *ex l. item si 22. §. fin. ff. locat.* Ubi in locatione & conductione circumventio permittitur, in qua tamen saltem parte ab unâ merces, ab altera vel usus vel opera præstatur. *Alterum* quod dicitur, læsione vel inæquitate interveniente, æquitate contractus eam corrigi posse, ut extrinsecus non egeat auxilio, mihi

nondum constat. Ex quo & *quarti* argumenti vis concidit. Nam etsi non rem tradere cogatur, propterea tamen non sequitur; si tradita sit, & postmodum appareat læsio, ad hanc legem convolare interdictum esse. *Quintum* est verbosum, non ponderosum, & fovet fallaciam Accidentis. Nam & sæpissimè contingit ut tuam cum rem ambiam, mihi non sine re alia meâ quam & tu summoperè desideras, concedas. In *sexto* quoque argumento mihi plurima displicent. Primum id, quod permutationem emptionis, non etiam venditionis vicem obtinere contendit, incurrit *l. 1. in pr. ff de rer. permut.* In permutatione (*inquit Paulus*) discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. Ex quo, quod subjicit refellitur. Si enim id non constat, quomodo discernere potes, quod circumscriptus venditoris magis, quam emptoris personam repræsentet, cum quisq; personam utriusq; sustineat, ea ratio illa, quâ id comprobat, satis fragilis est. quia utriusq; animus est, ut sibi acquirat, non alienet. An non idem animus est venditoris nummos acquirere, qui vicem rei subeant, & emptoris rem? Quod enim venditor alienat, emptor dat, fit per consequentiam, quia aliter fieri non potest, ut venditor nummos, emptor rem consequatur. Quin etsi largiremur ipsi, quod vult, an propterea in permutatione læsus beneficio *legis nostræ* excluderetur? Minimè: competit enim id emptori, *ut Themate. 7. dictum est.* Competere ergò etiam merito *non refragante Fabro*, permutanti læso debet. In permutatione cum dicimus *d. l. 2.* obtinere, idem est, ac si in contractu Do ut Des diceremus. Quod enim communiter contractum Do ut Des à permutatione diversum faciant, satis ineptè fieri arbitramur. Nam quam illi constituunt differentiam, ut permutatio sit rei certæ, contractus Do ut Des incertæ satis refellitur. *l ult. C. de rer permut.* ubi rei incertæ menstrui vel annui permutatio recipitur. *l. 4. §. 1. de præscript. verb.* ibi confunduntur *in vers. sin autem* nec potest esse incertæ rei permutatio, quoniam effectu considerato semper certa est. *Quæritur utrum in permutatione beneficiorum lex nostra obtineat?* Permutationes beneficiorum fieri propriâ authoritate non possunt, maximè pactione præmissa, quæ in spiritualibus vel aliis connexis Simoniæ labem inducit. Episcopi autem autoritas & solicitudo huic ob-

objicitur; nam is prospicit, qui consideratâ necessitate vel utilitate Ecclesiarum & personarum potuit præpositos ab unâ Ecclesia in aliam transferre, & qui in uno loco minus utiles sunt, possunt alibi se utilius exercere. *c. quæsitum. de rer. permut.* Hoc modo intelligitur concilium Turonense prohibuisse commutationem Præbendarum *in c. majoribus. ext. de Prabend.* nempè sine autoritate superioris: nam qui ita fecissent, privabuntur. *c. cum olim. de rer. permut.* meretur quippè dici collusio improbata potius, quam permutatio, renunciatio & receptio beneficii facta propria autoritate privatorum, cum non careat suspicione fraudis Simoniæ, & negociationis illicitæ, & ita privationem beneficii inducit. *c. 3. de collus. detegend.* Verum oritur quæstio, *si facta sit permissu superioris prabendarum vel beneficiorum permutatio, & pars altera ultrà dimidium læsa sit an eidem ex lege nostra subveniri possit?* Habet in terminis hâc de re consilium *Philip. Decius in consil. 210.* Tractat & hanc quæstionem alios citans *Pinell p. 1 c. 3. num. 16.* qui existimat ei locum fore. Nam etsi beneficium non recipiat æstimationem, reditus tamen beneficii seorsim considerati possunt æstimari, & ita in eos cadat læsio *arg. c. ad quæstiones de rer. permut.* Ubi *Pontifex* vult, ut in permutatione rerum Ecclesiasticarum aliquid pecuniæ ex una parte solvatur, quo magis contractus ad æqualitatem perducatur. *Secundò* facere videtur *c. cum universorum. de rer. permut.* quod quidem non habet *Pinell.* sed ante ipse *Anton. Burgens. in c. cum causa. de empt. & vend.* & vult deceptis in permutatione subveniendum esse. Sed vereor, ne hæc sententia subsistat, propterea, quod *lex nostra* loquatur de iis rebus, quæ pretio æstimari possunt. Præbendæ autem seu beneficia pretio æstimari non possunt; id enim si fieret, Simonia contraheretur. Verum huic argumento respondebat *Pinell. ex suo primo argumento;* quia separata est causa redituum, & temporalitatis beneficiorum à jure eorum spirituali. Verum illa responsio nequaquam sufficit; considerandum quippè est, in permutatione rationem redituum non haberi, cum sint accessorii, *ex vulgari regula,* quod cum beneficium detur propter officium. *c. 28. de Prabend.* non possunt separatim fructus considerari, & eorum ratio haberi, sed simul oneris, laboris & curæ ipsi beneficio inhærentium habenda ratio est. Et ideò licet beneficii al-

te-

terius fructus plurimum excedant; si tamen labor & cura in eo major sit, æqualia judicabuntur officia. Ex quo fit, ut cum fructus separatim considerari non possint, & etiam jus beneficii inæstimabile sit, non possit permutationi beneficium *legis nostre* adoptari, Et rectè dicebat *Covarr. 1. variar. resol. 5. n. 5.* Non juvat, *inquit*, dicere; temporale dari pro reditibus, qui temporales sunt cum hi reditus ex titulo beneficii, qui spiritualis censetur, percipiantur; Alioqui facilè posset persuaderi, licitè dari pecuniam pro beneficio Ecclesiastico & absque vitio Simoniæ; hoc expressim addito, eam pecuniam non pro sacro titulo, sed pro temporalibus & profanis reditibus dari: Quod à vero longissimè abest. Unde nec principaliter, nec accessoriè in permutandis beneficiis quicquam temporale intercedere potest. Utcunq; enim accedat pecunia, quidvè temporale, accedit in pretium rei spiritualis. *Alterum* sententiæ nostræ fundamentum est, quod factà permutatione permutantes non habeant titulum à seipsis; sed à Prælato, qui eos instituit *c. ex frequentibus, de Instit.* Nam si propria autoritate, *uti dictum est*, beneficia permutarent, iis privarentur, *d. c. cum olim. de rer. permut.* Necquicquam huic resistit, quod *Pinell.* dicit, authoritatem superioris non tollere remedium *d l. 2.* Ut idem *Pinell.* latius probat *p. 1 c. 2. n. 18.* Nam etsi concedamus ipsi, eo quod vult loco (*vide them. 18.*) verum esse, nihilominus pro hac nostra sententià dici potest, diversam esse authoritatem, quæ præstatur à judice alienatori rerum ab ea, quæ præstatur à Prælato permutanti beneficium: Quia in illà contrahentes habent titulum à se ipsis, cum authoritate judicis, qui authoritatem præstando nihil tribuit de novo, sed confirmat datam *ex l. & quia ff. de jurid.* In hac verò permutantes non à seipsis sed à Prælato habent titulum, in cujus manus facienda est resignatio *c. admonet c. qui dubit. de renunciat.* ita ut invicem inter se quæri non possint. Quibus benè perpensis fragilitas argumentorum objectorum apparebit; & quod *primi argumenti* in confirmationem appositum fuit *c. ad quæstiones: de rer. permut.* ad rem parum aut nihil facit. Loquitur enim de tali casu, quando una Ecclesia permutat cum alia, quoad proprietatem, quæ quidem recipit æstimationem, secus tamen est, si permutatio fiat, quoad titulum jurave spiritualia. Imò si

ex-

exactè ea Decretalis consideretur *(inquit d. l loco. Covarr.)* nostram sententiam potius confirmat, dum exigit in duarum Ecclesiarum permutatione separatim temporalia temporalibus, spiritualia spiritualibus commutari, *ut ibidem Dd. communiter annotarunt:* ita sanè, ut licet hi contractus segregentur, si tamen contractus, in quo de temporalibus agitur, contractuum spiritualium respectum habuerit, Vitium ibi adsit Simoniæ *Dominic. consil. 16.* Alterum quoq; *c. cum universorum extr. eod.* nihil ad rem facit. Loquitur enim de tali casu, ubi permutatio beneficiorum ab una parte completa est, & per alteram stat, quo minus impleatur. Tum enim, *ut rescribit Pontifex*, ei, qui implevit, Præbenda restitui debet. Quin & ex alio fundamento, etiamsi tradere pars altera voluisset, irrita pronunciari à Pontifice poterat permutatio: quoniam ipsi per se, non adhibito Prælati consensu permutarant; cujusmodi permutatio non valet. *c. cum olim. 7. de rer. permut.*

THEMA DECIMUM QUARTUM.

Reprobamus itidem sententiam eorum, qui in divisione legem nostram procedere negant.

Inter quos est *Anton Fab: decad. 8. error. 1.* qua in re utitur, vel potius abutitur *l. 8 C. commun. utr. jud.* *(inquiunt Impp.* rerum communium divisio, relictâ vel translatâ possessione, finem accepit, instaurari mutuo bona fide terminata consensu minimè possunt; Abutitur *inquam* textu eo, cum intelligi debeat, non tam immodicâ interveniente læsione. Pari enim aliàs ratione argumentari liceret ex *l. 3. & aliis ll. C. de rescind. vendit.* emptio jure perfecta rescindi debet. Ergò nec interveniente læsione ultra dimidium pretii justi rescindi non debet. Et ne aliunde subsidium quærere videamur, largiuntur in divisione læso hoc nostrum beneficium iidem *nostræ legis* autores: *l. 3. c commun. utr. judic.* quod ut rectè dictum credamus, nec aliud judicium, quam *ex lege nostra* resultans concedi posse liquet. Nam etsi nonnulli

credant, textum reſpicere familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo judicium; id tamen minus commodè ſtatui, vel ex eo patet, quod iis agi non poſſit, niſi corpora maneant communia. *l. familiæ. 9. C commun. utr. jud.* Verſamur autem nos in terminis diviſionis factæ, atque ita corporum ſeparatorum. Atqui dices *d l. 3.* & doli mentionem facit; quomodo itaque ea pertinebit *ad legem noſtram?* Rectè: pertinet, & judicium non aliud dabitur, ſi fraude (nam & ejus meminit) hoc eſt, incuria contrahentium diviſio facta ſit: Si enim dolus intervenerit, æquitate judicii læſo ſuccurritur: Atque ita *contra Fabrum. d. l 3.* accipietur non de diviſione ejusmodi, quæ ſteterit in finibus nudæ conventionis, verum tali, quæ effectum traditione ſumpſerit. Alterum argumentum *Fabri* deſumitur *ex fine error. 6. decad. 8.* quoniam imputari poteſt ei, qui læſus eſt in diviſione, quod eam impleverit, nec potius curaverit ut in melius reformaretur, cum ipſius judicii æquitate & poteſtate aſſequi poſſet. Atque hæc in re ſeparata eſt venditionis à diviſione cauſa. Venditori enim nulla judicii æquitas ſuccurrit, niſi ex *d. l. 2.* Verum hoc *Fabri* argumentum refelli à ſimili poteſt; quia & venditori imputari poteſt, cur læſus tàm immodicè rem tradiderit, cum poſſet ſe æquitate *legis noſtræ* tueri, ut vel rem omittat, vel quod deeſt pretio juſto, emptor ſuppleat. Et conſiderare *Faber* debuit, multis modis contingere poſſe, ut credat ſe non læſum, qui tamen poſt traditionem nimiopere deceptus reperitur, quæ tamen ipſius credulitas vel error ei nocere non debet: Eſt enim facti error, qui *ut JCtus ait*, in damnis & compendiis ne maribus quidem obeſt. *l. error. 8. ff. de jur. & fact. ignor.* Deinde, quod de judicii æquitate addit, ſimiliter (*uti dictum ſupra*) verum non eſt, idque ad exemplum emptionis, cujus diviſio vicem obtinet. *l. 1 C commun. utr. jud.* Item & permutationis. *l. ſi filia. 20. §. ſi pater. ff. famil. erciſ.* Quæritur, *an etiam in diviſione per electionem aut ſortem commiſſâ idem obtineat?* Inter fratres jure civili officio judicis, vel [illegible] diviſio fit *l. 4. §. ſed & tabulas. l ſi quæ ſunt. 5. l & puto. 16. l. item [illegible] 23. l. officio. 27. ff. famil. erciſc. l. non amplius. 26. §. ult. cum l ſeq. de legat. 1. l. 2. C. quomod. & quib. quart. pars.* Jure autem Pontificio, *ſicut communis eſt opinio*, majori dividẽdi, minori eligendi jus competit *c. 1. de Parech.* Quanquam *in eo capit*, nihil tale dicatur (*ut monui ſupra*)

Pa-

Pandect. 8. thes. 12. Quicquid sit, ex eo etri[illegible]re apud Saxones jus natum est; si duo tantum hæredes extent, si vero plures, ex jure civili sorti res committi debet. *Landrech lib. 3. artic. 29.* Quod & fundamentum in sacris habet. *Genes. 13. vers. 8* Et nonnunquam Romanis is modus usitatus fuit, *ut apparet ex Seneca lib. 6 D[illegible]c.* Unde nunc quæri solet: *Si alter fratrum læsus sit ultra dimidium, utrum beneficium legis nostræ locum habeat?* Et quidem de sorte extat *Bald.* affirmativa decisio *in d. l. in majorib. C. commun. utr. jud.* quem videtur sequi *Schurff. consil. 28. n. 9. centur. 1* quæ decisio esset notabilis, inprimis si esset vera, *inquit Sichard. in d. l. in majorib. n.* Quo minus autem credam facit *l. 1 C. de pact. l. de fideicommiss. C. de transact.* Ubi propter incertitudinem eventus quædam admittuntur, quæ aliàs non admitterentur: ita si fortè fiat divisio, licet unus dividentium enormiter lędatur, tamen istius læsionis non debet esse respectus. Potuit enim ita ferente sorte simpliciter quoque adversarius lædi, nec sunt restitutionum causæ ex eventu dijudicandæ sed ex initio, etiam cùm de minorum restitutione, quæ omnium favorabilissima est, tractatur. *l. 3. §. sed. l. verum §. item non restit. ff. de minor.* Quod idem multo magis de electione dicendum est. Quam enim querelæ causam justam habere, aut de quo magis, quam de seipso conqueri potest, qui ipse aut divisit, aut elegit? Nam si is, qui divisit, iniquè divisit, ea spe, minorem electurum partem deteriorem, illum sanè egregriè, & suo ex merito decipi quis negaverit? Nam si inæquales partes à se factas causetur, quo colore id fiet? Nec enim debuit, nisi benè perspectâ re, de re statuere quicquam. Quod si fecerit, quid aliud, quâm dolum suum & turpem decipiendi animum fratrem prodit? Similiter qui eligit, an & is partes inæquales factas fuisse prætendet: Hoc cum scivit, cur non potiorem elegit? Damnum itaque hoc cum sua culpa sentiat, an sentire diceremus? Quapropter speciali jure receptum scimus, Minoribus in lucro succurri. *l. ait prætor. 7. § hodiè. & seq. ff. de Minor.* Ut inde argumento ducto moneamur, in majoribus jus idem recipi non posse.

DISPUTATIO TERTIA.

AD

L.2.C.de Rescind.Vendit.

RESPONDENTE

JOHANNE Lautermann/ Rostochiensi Mechelb.

THEMA DECIMUM QUINTUM.

IN locatione & conductione similiter L. nostræ beneficio locum esse, verior opinio est.

Et hac in quæstione *contra Pragmaticos* insurgit *Anton. Fab. decad. 8. error. 8.* suo hac in materia argumento solenni more: quia lex nova de venditore tantum loquitur, non etiam de locatore. Novæ atem leges juris veteris correctoriæ non facilè extra suos fines sunt trahendæ, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis, ut à jure communi, quam minimum fieri potest, recedatur. 2 Quia nulla ratione optio illa, quam *lm. p.* dedit venditori ut justum pretium supplere possit, si velit, accommodari queat conductori, præsertim fundi. Siquidem justa merces & pensio in locatione non nisi ex fructuum modo constitui potest. Locatio enim est vice venditionis fructuum: At fructuum percipiendorum non solum modus, sed etiam valor incertus est *si ea lege. 17. l. oleo. 23. C. de usur.* Unde illud quoq. hi. ut si in plures annos facta sit locatio, & primo anno aut nulli, aut

pere-

perexigui fructus percepti sint, remissio tamen mercedis non prius fieri debeat, quàm totum locationis temp. præterierit, ut sciatur, an primi sterilitas eum sequentium ubertate compensari posset. *l. ex conducto. 15. §. Papinianus aliàs l. si uno anno. ff. Locat. l. licet certis annis. 8. C. eod.* Quomodo igitur fieri potest, ut conductor se immodicè læsum dicat, & probet, quantulacunque mercede locaverit, priusquam locationis tempora effluxerint? Quod si id expectandum est, quis admittat, succurrendum esse locatori ex causa immodicæ læsionis, cum ea læsio, quæ locum facere potest beneficio *legis* ex eo præcise tempore æstimanda sit, quo contractum fuit, non quod subsecutum est. *l. si voluntate. C. de rescind. vendit.* In eoque differt manifestè venditio rei immobilis à locatione. Res enim immobilis, quæ venditur, sicut certa præsensque est, ita certam & præsentem habet æstimationem, ex cujus comparatione jam inde ab eo ipso die, quo contractum est, sciri possit, an venditor læsus sit ultra dimidium justi pretii, necne. Fructus autem rei locatæ quantumcunque spe uberrimi & quamplurimos emptores nacturi, possunt reipsa & ex eventu tàm parvi esse, ut etiamsi minima mercede conducti essent, tamen conductor in damnum incideret, justamque eorum æstimationem conventa merces superaret. Quo casu quis obsecro diceret justam fuisse mercedem, quæ eorum fructuum nomine promissa esset? 3. *Itapergit*, miserationis ratio succurrere venditori præcipit, quoniam plerumque necessitas res familiaris eum premit, locatorem non itidem. Nam ut taceam (*inquit*) multò minus damni & incommodi esse in locatione, quàm in venditione, nec facilè pro re minimi & temporalis præjudicii rescindendum esse bonæfidei contractum, quis non videt, quàm dispar hac in re sit locatio à venditore? Quantumcunq; enim premitur locator angustia rei familiaris, cõductores multos invenire potest; ac venditor non nisi per paucos emtores propter periculum, quod multò gravioris est damni incurrendi, si quis ab egeno fundum comparet, quàm si conducat: quia nec merces solvi ex conductione solet, nisi quamdiu, & quatenus conductori frui licet; pretium autem ex causa emtionis statim solvendum est, si non statim immineat periculum evictionis, quantumcunque pauper sit is, qui vendidit. *l. post perfectam*

C. de Evict. Sed Pragmaticorum opinio & hoc in [illegible] stabit, quoniam in locatione contrahentibus licet se circumvenire, sicut in emptione. *l. in causæ. 16. §. penult. ff. de* [illegible] *l.* [illegible] *ult. ff. Locat.* Quæ ne in infinitum circumventio, & contra illam quam tantopere respicit *lex nostra*, humanitatem procedat, vel inviti fateri cogimur, eam cancellis *legis nostræ* circumscribendam & limitandam esse. 2 Deinde satis tritum & notum est, quod scripsit *Cajus in l. 2. ff. Locat.* Locationem & conductionem proximam esse emptioni, & iisdem regulis juris consistere. quis autem negaverit, hanc regulam esse juris: *Non licere ultra dimidium justi pretii decipere.* Negabit ergò & nemo, quin eidem regulæ subdita sit locatio, & adinstar emptionis læsionis considerationem fieri oportere. 3. Urgebat *Faber, decad. 8. error. 9.* ideò in permutatione non obtinere *legem nostram*, quia in ea, quid pretium, quid merx sit, dignosci nequit *l. de rer. permut.* Exceptio quippè, *quæ in lege nostra est*, consideratur respectu pretii: *Unde nunc infero*, quia in locatione intervenit pretium: merces enim pretium appellatur. *l.* [illegible] *in fin. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. ult. §. ult. ff. ad L. Rhod.* de jact. relinquitur inevitabiliter ex *Fabro* contra *Fabrum*, legem nostram in locatione procedere. 4. Quinimò is, qui fundum locat, nihil aliud facit, quam fructus vendit, Undè locatio quasi venditio est, & conductor emptor seu redemptor dicitur, *testibus Festo & ICto in l. in lege 29. ff. Locat.* Quapropter ut in fundi, ita & in fructuum venditione procedet lex nostra, quia videntur pars illi fundi esse *l. fructus ff. de rei vindic.* 5. Evidenter hanc sententiam probat penitius inspecta *l. si olei. 21. C. Locat.* Titius fructus anni locaverat certa olei ponderatione, puta 10 cadis; alius offert, 15. vult rescindere locationem, quæritur an possit? Legis nostræ auctores rescribunt, *propter hoc solum*, QUOD ALTER MAJOREM *obtulit, a contractu recedi non oportere.* Ubi notentur verba *propter hoc solum, &c*, quæ argumento sunt probabili, si alter ille non majorem, sed eam obtulisset summam, quæ verè Titium ultra dimidium læsum demonstraret, ipsi haud dubiè subveniendum, nec alio juris, quàm *legis nostræ* beneficio. 6. Facit decisio ICti *in l. si merces. 5. §. vis major ff. Locat.* Ubi conductor, si plus quàm tolerabile est, damno adficiatur, juvatur. Quod sicut *Bald.* [illegible]

Jacob.

Jacob. de Aret. & Bart. interpretatur, si ultra dimidium mercedis justæ læsus sit. Et facili negocio enervari possunt illa, quæ suprà *ex sententia Fabri* proposuimus, & quidem *primum* nunc sæpè elisum est. De venditione est *lex nostra*, quia de ea consulti respondere Impp. & falsum est novi juris beneficium esse: Fuit enim & veteribus usitatum, clarius autem hac lege propositum. Quod in *altero* proponitur, non posse opinionem eam obtinere, de qua agit *lex nostra*. Respondemus posse optimè, siquidem, *ut Romanus consuluit consil. 423.* æstimanda tunc est læsio, quando attenta consueta mercede, minus dimidia res locetur, vel ultra dimidiam conducatur. In cujus sententiam concedens *Pinell. part. 1. cap. 3. n. 18.* Ego (*inquit*) in locatione & conductione ex consueta pensione vel mercede consentirem, resultare idoneam seu præsumptam probationem: Verosimile enim est, consuetam mercedem justam esse, nec homines communiter tantò minoris locare, nec econtra tantò pluris conducere, ut læsi maneant ultra dimidiam justæ mercedis. *Tertium argumentum*, etiamsi omnia contenta admittantur, nihil tamen concludit. Quæ enim hæc est consequentia, *minus damni sentit locator, quàm venditor. Ergo ei succurri non debet.* Non enim majus aut minus hîc respicimus, sed læsionem, quæ si respectu rei locatæ sit ultra dimidium, satis magna est. Et similis hæc est consequentia: *locator etsi angustia rei familiaris prematur, tamen potest multos habere conductores, Venditor non item emptores plures*. Nam primò hæc omnia ex eventu dependent; Undè restitutionum causæ dijudicandæ non sunt. *l. 3. §. scio. l. verum 11. §. item non restituetur. ff. de minor.* Secunda non idonea ratio est: nam læsio inspicitur, quæ sivè ex paucitate vel pluralitate emptorum vel conductorum contingat, non consideratur. Agitari hîc quæstio potest: *An post tempus conductionis expletum, si conductor se ultra dimidium justa mercedis deceptum ostendat, beneficio legis nostræ juvari debeat?* Qua de re agit *Decius in consil. 983. n. 8. vers. ultimo considerandum.* & negativè concludit: quia verba legis nostræ non conveniunt, cum contractus non sit in rerum natura, & non entis nullæ sunt qualitates, *l. ejus qui. §. quod si stipulatur. ff. de reb. credit. l. si servum. ff. de reb. credit. l. si servum. ff. de act. empt.* & ubi verba non conveniunt, non habet locum dispositio. *l. 4. §. toti-*

es ubi Bartol. ff. de damn infect. l. ita autem. in pr ff. de administr. tut. & hos accusare. §. omnibus de accusat & inscript. Sed contra hanc *Decii* consultationem stabat *Pinellus* in causa plebei contra nobilem, motus illo fundamento; quoniam & in contractu emptionis, licet res tradita sit & pretium datum, nihilominus læsione cognita ad beneficium hujus legis datur regressus. Pari igitur & simili modo, quia ad exemplum venditionis locatio procedit, conductori etiamsi locatio finita sit succurrendum erit. Atque hæc Pinelli opinio æquior est, & nititur humanitate illa, de qua Lex nostra, ut sit argumentum *Decii* non procedat, nam contractus licet finitus, læsio tamen manet cujus intuitu remedium nostrum introductum est, ut sit consequenter ex Brocardicis istis ad eversionem Theseos argumentati non liceat. Quæritur itidem, *An etiam obtineat Lex nostra in locante suas operas, veluti in Fabro, qui certo pretio faciendum suscipit aliquod opus*: Affirmamus: Officium enim est quod præstat etsi pretio immensuratum, quod ipsi damnosum esse non debet *l. sed si quis ff quemadm. testam. aper.* & quia est locatio, & quod degeneretur. Quæritur denique, *an obtineat in ea locatione quæ fit ad modicum tempus?* Sunt qui negant, quia qui ad tempus conducit graviore damno affici, ob temporis modicum spacium existimandus non est. Verum ratio illa, fragilis, qui uti dici solet, in claris conjecturis locus non est. Versamur autem nos in eo casu ubi de læsione constat, quæ gravis satis & temporis & rei locatæ intuitu censetur.

THEMA DECIMUM SEXTUM.

Quemadmodum & in contractu Emphyteutico.

Pendet hujus quæstionis decisio ex alia, nam sicuti dicemus infra Legis nostræ beneficium non obtinet in stricti juris contractibus, unde primo omnium dispiciendum, *Emphyteuticus contractus sitne stricti juris, vel bonæ fidei censendus?* Et quidem plurimi sunt, qui stricti juris eum pronunciant, propterea quod non sit relatus *in §. actionum. Inst. de action.* ubi tamen ex communu-

muni sententia omnes bonæfidei contractus recensentur(*ut dixi disput.18. ad Institut. thes.13.*) Verum mihi Placet bonæfidei esse; quia antequam formam novam ex *Zenonis* constitutione acciperet, erat bonæfidei etsi incertum quis & qualis propriè contractus esset, nec id mutatum reperitur. Ergò. *arg. l. sancimus. C. de testam.* Unde nunc pro thesi argumentamur, quia bonæfidei est, & lex nostra ad omnes bonæfidei contractus, ubi unus dat, & alter accipit, pertinet, relinquitur & ad Emphyteusin eam porrigi debere *d. l. in contractib. C. quib. ex caus. major* non quidem ut æstimatio læsionis respectu directi dominii, quod nullum habet, sed respectu utilis dominii, vel pensionis solvendæ, fiat. Et sicuti themate superiore dictum est habita consideratione soliti Canonis, vid. *Fach 1. controver. 22.* Inter cætera contrariantium argumenta hoc erat: Argumentum sæpè sumitur à Feudo ad Emphyteusin secundum *Nicol. Everh. in loco à Feudis ad Emphyt.* In feudo autem nulla habetur ratio læsionis *Pinell. p. 1. c. 4. n. 2.* Verum de eo paulo accuratius erit agendum: Communiter quidem volunt, *in Feudis. l. nostra locum non esse.* Quæ sententia de feudis propriam naturam habentibus haud dubiè vera est, nam Feudum non est propriè cōtractus, sed beneficium à liberalitate proficiscens *1. Feud. 27.* sicut probat *Francisc. Hotom. 6. observ. 7.* In beneficio autem se læsum esse non rectè contendet quisquam: de se enim, non de alio queri debet, si liberalitas modum excesserit, nec ullus præcedit hoc casu, qui aliis in contractibus parte ab utraque tractatus qui animum ejus, qui accepit avidiorem & donantem decipiendi ostendere potest, quod de venditione legitur in *l. si voluntate C. de Rescind. vend.* Verum de Feudo empto dubitari potest, nam & Feudum emi potest. *2. Feud. 2. 3. 1. Feud. 14.* atque in eo exorbitat à Feudi natura propria quod *disput. Feudal. 2. thes. 44.* contra *Sonsbec. p. 2. n. 7. de Feud.* ostendi. Vult enim *Feudista* ut dominus spontanea & prona voluntate Feudum concedat. *2. Feud. 23. in fin.* atque ita causam Feudi impulsivam in sola Domini voluntate constituit, & ea quidem spontanea, quæ si pecunia provocetur, jam sanè non spontanea, sed propter pretium ita comparata dici debet. Et hoc casu, etsi pecunia interveniat, non tamen feudo solet ea respōdere, quod si contingat, ut æstimationem Feudi & commodo-

 rum

rum duplo excedat manum dandam vasallo, humanitatis ratio efflagitare videtur, alioquin dominus & pecunia, si nul etiam servitiis & officiis vasalli auctus, contra illam naturalem, quam toties crepunt nostri, aequitatem ditescet: Praesertim cum etiam domini intersit, ut quam lautissima sit in parte vasallus, ut, cum res postulat, utiliter Seniori inservire possit: quod vix fieri poterit si tam immodicè laesum, pone enim maximam suarum fortunarum partem in erogatione pecuniae consumsisse, non sublevaverimus; hîc subsisto ad exemplum ICti *in l. servum quoque in pr. ff. de procurat. l si & me 32. ff. si cert. petat.* In domino res faciliore tractatione expediri potest, si enim pellectus pecunia deceptus fuerit, non hoc nisi per summam turpitudinem allegare potest, aut si per ignorantiam dederit, nec Feudo pecunia respondeat, considerabit sic pecunia dari, ut nihilominus supersit, in quo beneficium agnoscere vasallus possit, cujus in vicem gratus servitia praestare poterit, ut sic quod pretio deest alia ratione sarciatur, nec facilè virtuti assuetus animus pecuniario commodo, honorem eum, quod vasallum habeat, & propter eum dominus nuncupetur, postponet. Et cum haec feudi concessio pecuniaria contractum juris stricti naturam redoleat, non video an satis celeratè domino auxiliari fas sit?

THEMA DECIMUM SEPTIMUM.

Quod etiam in rerum dotalium aestimatione verum esse arbitramur.

Arr. Pinell part. 1. c. 12. num. 12. contrarium statuit, existimans quantulacunque sit laesio tam à parte viri quam uxoris eam emendari debere. Quod & volunt *Cujac. 17. obser. 1. Anton. Faber. 8. decad. 6.* Quod mihi apertè videtur probare (inquit Pinell.) ICtus in *l. si res §. 1. l. jure succursum §. final. ff. de jur. dot.* tum, quia simpliciter ibi emendatur laesio, nec distinguitur an modica sit, an magna: tum, quia apud ICtos adhuc non erat distinctio & declaratio hujus L. 2. quia in dd. ll. ICti volunt causam dotis in hoc aequari beneficio minoris aetatis. Non semel enim

nim JCtus ibi agens de læsione æstimationis emendanda in causa dotis, subdit tunc non tantum minori, sed & majori succurri, licet in aliquibus dicat magis succurri minoribus 25. annis. Non obscurè igitur sentit in æstimatione rerum dotalium emendandam esse, non solùm maximam læsionem, sed & modicam: nam quæ est in minoribus æquitas & favor ætatis, idem est causæ in dote. 3. Quia societas vitæ, (inquit *Cujac*) communisque amicitia, quæ fuit inter eos non patitur ut alter ex alterius detrimento locupletetur. Et si in quoquam judicio bonæ fidei, in judicio dotis maximè æquitas & benevolentia spectetur, & ut erat in veteri formula, *Quod æquius melius est.* Quæ ratio diversitatis displicet *Anton. Fab.* quasi verò (*inquit*) de illo quæramus cur in contractu dotis, ita constitutum sit, ac non de illo potius cur in cæteris contractibus qui æquè bonæ fidei sunt, & consequenter in empti quoque judicio jam olim idem non fuerit constitututum. Dicendum autem est, subiicit paulo post, Jus hoc ex eo profectum fuisse, quod hujusmodi venditio, licet vera, non tamen simplex venditio esset, sed dotis causa: id est, quæ sic fieret ut tamen dotis causam in venditionem & emptionem transferri nollent contrahentes, sed eandem manere ut soluto matrimonio dotis judicium superesset, perinde ac si dos inæstimata fuisset. Nam quoties fundus æstimatus in dotem datur, id primùm & præcipuè agitur ut fundus ille pro dote sit, deinde ut fundi æstimatio sit in dotem pro fundo. Nec proinde id agitur inter virum & uxorem ut plus minusve sit in dote, sed ut fundus ipse, aut quanti fundus est. Itaq; si in fundo æstimando alteruter circumscriptus sit, licet ea æstimatio venditionis instar habeat, quia tamen facta est dotis causa, consequens est ut soluto matrimonio petatur æstimatio non ex vendito sed actione de dote, per quam fundus peteretur, si non esset æstimatus: contractus igitur dotis manet, qui quamvis in eo similis sit venditioni, quod bonæ fidei est, in eo tamen se differt quod non est ex eorum numero, in quibus liceat se contrahentibus circumvenire. Sed videamus, ne sententia contraria, quæ deserta est, verior sit. Et quidem eam fovere videtur JCtus in *l. 12. §. 1. ff. de jur. dot.* enimverò (inquit) si in æstimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam æstimationem, an po-

tius servum præstet. Textus uxorem in modo æstimationis circumventam proponit, modus autem æstimationis in contractibus bonæ fidei reliquis justus est, si non ultra dimidium pretii veri sit: Si ergò idem justus & valeat in æstimatione dotis; aliàs si contrarium statuamus, eveniet vel propter satis minimam summam æstimationem rescindi, quod ut in aliis sic multo minus in dotis æstimatione admittendum erit, cum exacti æqualitas onerum mutuò incumbentium ratione facile tollatur. Et hoc nescio quomodo constare penitus introspicienti potest, ex eo dum electionem largitur vel justam æstimationem offerendi vel servum præstandi. Congruit enim sic cum electione quam dat lex nostra emptori, ut credam evidens læsionis ultra dimidium inibi vestigium apparere. Quod ut tanto firmius statuam facit illa ratio ab *Ulpian.* notata *in l. plerumq, 10. §. si ante 4. ff. de jur. dot. secutis igitur nuptiis* (inquit) *æstimatio perficitur* & FIT VERA VENDITIO, In venditione autem ità jus & nunc & olim fuit, ut in immensum deceptio unquam progressa, sed limitibus summæ hac lege nostra definitæ conclusa & coarctata fuerit (uti probat Thema sextum) & per contrarium ad eam usque permissa *l. in causa 16. §. penult ff. de minor. l. 22. ff. fina ff. locat.* Considero etiam, quod nullibi vestigium appareat læsionis in æstimatione dotis infra dimidium & rescissæ venditionis, nam quod rationem illam attinet, qua utitur JCtus *in l. 6. §. final. ff. de jur. dot.* ea generalior est, quam ut litem præsentem dirimere possit. Nam ex ea sequeretur, uti dixi, etiam ob summam minimam rescissionis auxilium concedendum esse, contra *l. res bona fide, 54. ff. de contrah. empt. l. scio illud 4. de integr. restit.* ut si servus 9. æstimato datus 10. valeat. Quinimo si, quod res est, dicere licet *d. l. 6. §. final.* intelligi non potest de læsione ea, quæ re ipsa & incuria contrahentium fit, sed ea, quæ circumventione dolosa: cujusmodi species est in *l. 6. C. solut. matrim.* quod ipsum subjecta ratio evincit, quia (inquit) *Bono & æquo non convenit, &c.* Aliàs si illam de læsione reipsa contingente acciperemus, sequeretur, non posse eum nomen boni viri & æqui tueri, qui supra dimidium justi pretii vendidit, sicq; contingeret id quod notat in *Apostill. ad nostram legem Sneidevin.* paucos repetiri bonos viros. Et si non alia læsionis ratio in divisione inter fratres

con-

consideretur quam ultra dimidium, multo magis non alia, aut certe non minor, in æstimatione dotis admitti debet. Illi quippe & fratres sunt naturæ vinculo colligati, ut nullo tempore (juxta *Euriped.*) alieni fieri possunt, & agunt de re omnium favorabili vel maximè paterna & debita videl. ipsis lege naturæ hæreditate & successione *l.1.ff.de bonis damnat. l in suis ff. de liber. & posth.* Quæ ut ex æquo ipsis debetur, ita vel maximè æqualiter inter eos dividi debebat; nihilominus admittunt leges nostræ in divisione æqualitatem incuria dividentium contingentem ad dimidium usque pretii justi: (ut dictum Themate decimo quarto) cur non igitur idem admitteremus in dotis æstimatione? quæ, sive causæ æquitatem inspexeris, cum hac comparari neutiquam poterit; vel etiam personarum arctissimam conjunctionem, non debebit, eo nimirum inspecto, nunc agi de casu quo dos repetitur, atque ita solutum matrimonium etiam vinculum disruptum est. Nec me ab hac opinione dimovent argumenta illa de quibus supra. Nam quod ll. objectas in *primo* attinet jam satis demonstratum est, quam planè vel sententiam contrariam impugnent, vel etiam aliis in terminis loquantur. Quod *secundo* dicebatur, minori æquiparari majorem *in d.l.6. §.final.* & illum restitui ob quamcunque læsionem, non simpliciter admittendum est. De minore nullum apud me dubium est, id enim respondet *Ulpian in l si ex causa 9. §.1.ff.de minor.* at de majore universaliter id dici non potest, imo cum hoc minori speciali restitutionis jure conceditur ut ob quamcunque læsionem restitui possit, argumento probabili evincitur in majoribus jus contrarium esse: quod itaque *d.l.6.§.fin.* etiam majoribus succurrit instar minoris, intelligendum est cum dolo, sic enim textus exaudiendus est, in æstimatione inæqualiter facienda decipiuntur, non etiam si circa eum reipsa & incuria contraxisse inveniantur. Ratio *Cujacii* ex fundamento nostro.4.repelli potest, & *Fabri* diversitatis causa non id, quod debebat, colligit: fit quidem æstimatio dotis causa, ut indicium dotis soluto matrimonio supersit, non tamen inde efficitur, eo quid præterea colligi aut peti posse quam æstimatio permittit. Nam cum fundi vicem æstimatio sit, & peti nihil aliud possit quā propter fundum æstimatio, sive ea major sit sive minor, dummodo non infra dimidium justi pretii sit.

THEMA DECIMUM OCTAVUM.

Non tamen idem admittimus in venditione judicis decreto solenni facta.

Contrarium sentit *Menoch. in lib. 2. de præsumpt. c. 75. n. 34.* post Immol. & Alexand. in *l. si quis cum aliter ff. de verb. oblig.* sequentibus moti *1. l. 1. & 2. C. de fide instr. & jur. hastar. lib. 10.* ubi alienatio facta cum autoritate judicis, in distractione bonorum debitoris fisci rescinditur probata læsione debitoris. *2. l. si quos 16. ibi.* nec sub nomine subhastationis publicè locus fraudibus relinquatur *C. de rescind. vend. 3.* Probant id *l. siquidem. C. de præd. minor.* quæ vult minorem adversus venditionem esse restituendum, si læsus in pretio fuit, licet decreto judicis intercedente sit facta venditio. 4. Si Si Ecclesia læsa sit in contrahendo habet actionem ad rescindendum contractum *c. cum dilecti c. cum causa de emption, & vendit.* id autem intelligi oportet de venditione facta solennis juris adhibitis, alioquin non valeret ut in *tot. tit. de reb. Eccles. non alienand.* Ergò idem statutum in venditione quavis alia accidente judicis decreto. 5. Et quidem judicis decretum operatur id, ut contractus ritè & rectè censeatur celebratus, quæ tanquam præsumptio veritati merito cedere debet, si de læsione apertis documentis constet. 6. Quia argumentum plerumque à venditione privati ad eam quæ fit judicis auctoritate sumitur *l. 2. C. si in caus. judic. pign. l. si ob causam C de eviction* Uti ergò in venditione à privato facta rescinditur venditio similiter & in decreto judicis facta venditione, præsertim cum factum judicis censeatur factum partis *d. l. si ob causam.* Distinctione litem componit. *Arr. Pinell part. 2. c. 2. n. 21.* aut decretum simpliciter & quantum ad causas alienandi intervenit & valeret nunc confirmata opinio, aut decretum circa æstimationem ipsius rei interpositum est, & procederet opinio nostra nunc confirmanda. Verum hanc distinct. *Pinell.* sent. contrariæ propugnatores non admitterent ipsis enim propterea beneficiũ legis nostræ concedendum videtur, quia tàm magna emergente læsione humanum est læso succurri, nec modum attendũt; ex *Pin. a.* distinct. atten-

de-

deretur modus & propter eum læsio concederetur. Verum & mihi contr. *Pin.* indistinct. & contra superiores verius videtur, ad casum venditionis judicis decreto solenni factæ hanc legem non producendam, idque eo, ut sit & maneat inter venditionem privati, & eam, quæ fit judicis auctoritate discrimen. Quod contendo per hanc rationem: Si nihil intersit inter hanc & illam, relinquitur frustra judicis solenne decretum interponi: quod patet. Ergo. Atqui, id est & contra judicis, & judiciorum, quæ elusoria esse non debent, dignitatem, & contra intentionem & propositum eorum qui contrahunt, ementium præsertim, cur enim illi, & quidem à judice emunt? anne ut securius eis rem tenere liceat? non autem id assequuntur, si æque ut priore casu propter læsionem rescindi contractum dixerimus. 2. Atque in ejus argumenti comprobationem facit. *l.1.C.de præd. decur.* Interpellet (inquit) judicem competentem. ita enim fiet, ut nec immoderatus venditor, nec emptor inveniatur injustus: nec erit postmodum, quo venditor, vel circumventum se insidiis, vel oppressum potentia comparatoris quæri debeat, quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate patuerit comparantis. Qui textus & in prioris argumenti confirmationem expressus, & sententiæ contrariæ destructionem apertus est. Nam quod ei respondeant *Immol. & Pinell.* eam non principaliter de læsione, sed alia objectione excludenda loqui, nescio quid sibi velint: nisi illud forsam, quod non gravatè concedimus, agere de venditione rerum decurionum, & in ea observanda forma quod tamen non impedit quo minus ad casus ei similes extendatur. Nostra quippe propositio generalis est, & tam ad speciem *d.l.1.* quam alios quoscunq; sese dilatat, & non personas ementes aut vendentes, sed modum emendi, vendendique inspicimus: modus autem noster proponitur *in d.l.1.* pertinebit ergò eius decisio ad ad nos. 3. Et pro hac opinione textus est expressus *in l.1. §. causa 2. ff. de adil. edict.* ubi dicitur, quod edictum non pertineat ad fiscales venditiones, cur? quia fit decreto judicis quod facilè convelli non debet. 4. Pergo: Justè possidet qui Prætore auctore possidet *l. justè ff. de acquir. possess.* Noster autem eo auctore possidet. Ergo. 5. Auctoritas rei judicatæ, inter partes jus facit *l.1. ff. quæ sentent. sin. appel. c. cum inter*

ter de re judic. l. cum putarem 37. ff famil. erciscund. l. si fidejussor. 29. §. in omnibus ff. mand. Talis autem venditio instar rei judicatæ est, fit enim à judice, & ad eum effectum, ut lis finiatur. Ergò. 6. Auctoritas judicis excusat, & facit licitum quod aliàs est illicitum. *l. si quis quasi ff. ad SC. Syllan. l. si quis §. doli ff de jurisdict. l. furti §. qui jussu. ff. de his qui notant. infam. l. ait prætor. 7. §. 2. vers. quid tamen ff. de minor.* Excusabit ergò & in casu nostro, & licet illicitum alias de quo quærimus, hic tamen licitum propter decretum erit, 7. Per inversionem utor argumento ducto ex *l. siquidem 11. C. de præd. & aliis reb. min.* ibi restituitur minor eo in casu, cum decreto judicis res ejus venditæ sunt: & speciali atq; minoribus singulari indulto jure. Ergò majoribus idem largiri non debet. Quæ enim alias in hos & minores erit differentia? Et facili negocio opposita dilui possunt. Et quidem *primo l. 1. & 2. C. de fid. instr. & jur. hastar.* loquuntur in casu alienationis, tali, ubi solemnia & requisita adhibita non sunt, quod non impugnat nos, siquidem decretum solenne requirimus: & in quo omnia requisita secundum mores cujusque curiæ adhibita sunt. Non etiam officit *l. si quos 16. C. de rescind. vendit.* vult enim ne fraus ulla publicæ subhastationi interveniat, quod nec nos admittimus: imò propter judicis præsentiam dicimus fraudis dolivè velamentum diluti. *Tertium* argumentum erat *ex l. siquidem C. de prædiis minor.* de quo dictum in fundamento nostro septimo. Similiter *quartum* quod de Ecclesia dicitur, in nostræ sententiæ corroborationem deduci posset, cum enim Ecclesia jure minoris semper illæsa esse debeat. c. 1. c. auditis extr. de in integr. restit. atq; sic eidem jure speciali succurratur, consequitur jus generale & ordinarium in cõtrarium esse. *Quintum* argumentum id assumit, de quo contro vertitur, id enim quærimus, an licet læsio intervenerit, possit rescindi contractus. *Sextum* argumentum continet duas leges quæ loquantur in casu diverso, & eo quidem obtinet, ut par sit ratio venditionis privati ac judicis, nam sicut ex cõsensu privati & domini pignus distrahi, ita eo cessante, si condemnatus sit, judex ejus invicem præstare jus vendendi potest creditor. *d. l. 1. C. si in causa jud. & l. si ob causam. C. de eviction.* Vicina superiori quæstio est, *An in publica subhastatione locus sit remedio legis nostræ?* subhastationis usus in multis locis frequentissimus est, ut

ut enim res citius distrahantur in concursu hominum solet ad vocem præconis sub dio earum distractio fieri, & in ea legi nostræ locum esse negant plurimi, propter *d. l. 4. C. de pred. decur.* Verum distingui debet subhastatio à venditione ea, quæ fit decreto judicis accedente; utraq; quidem publicè, sed non utraque æquè solenniter peragitur; in hac judicis præsentia omnis fraudis dolivè suspitionem tollit *Capoll. cautel. 221. n. 9. sed seq.* in illa etjam fraus committi potest, & subornatione quod *Cic.* satis innuit *lib. 3. offic.* non licitatorem ait venditor, nec qui contra se licitatur emptor ponit.) Addunt & alii tale argumentum; Non poterit iniquum pretium videri, quod non ex affectione aut utilitate singulari, sed populo ad licitationem admisso, & tanquam ex communi usu constitutum sit *l. pretia ad l. Falcidi.* habuit id *Jacob. Curt. 2. conject. 10.* Verum hæc mihi incerta conjectura, subjicit, videtur, haud ignoro, quam improbæ & inconsideratæ sint plerumque istæ additiones, quas calor licitantium per æmulationem ac more hominum quod alteri placet, & sibi utile futurum existimandi, inflat & excandescit *l. locatio ff. de public.* Opponunt nonnulli *l. à Divo Pio. §. sed pignora ff. de re jud.* Verum nec illa loquitur de subhastatione, sed addictione per judicem facta, neque tam enormem læsionem (uti Themate 6. dictum est) fovet. Huic conjungenda est, illa quæstio. *An l. nostra obtineat in datione in solut.* & quidem pro utraque opinione authores habes *Pinell. part. 1. c. 4. n. 10.* mihi nulla succurrit ratio ei succurrendi prohibens, cum quia æquitas l. nostræ ad hunc casum porrigi potest; tum quia datio in solutum vicem venditionis obtinet *l. si prædium 4. C. de Evict.* nisi forsan à judice fiat, jam enim propter superiora non admittimus rescissionem.

THEMA DECIMUM NONUM.

Si emptor invenerit Thesaurũ in re vendita, ita ut vẽditor ultra dimidiũ læsus reperiatur, dubitatur, sitne ei ex l. nostra subveniẽdũ?

Casus propositus in hac Academia paucos ante annos accidit. Quidam Studiosus vendidit alteri librum, & nisi fallor,

corpus juris, ligaturæ quidē vetustioris, quam dum refici curat, alius in veteri operculo bibliopega aliquot Ducatos invenit, contendit venditor eos sibi restitui vendere, vendiderat enim ei librum, non aurum. Econtrà stabat emptor, suum Thesaurum asserens, atque ita ei tanquam inventori deberi: Res ad facultatem juridicam delata est. Casum non dissimilem refert *Philostratus* de vita *Apollonii* in qua consultum cum à *Phrocota* Indorum Rege, tradit sic respondisse, ut inquirendum in mores tàm venditoris, quam emptoris censeret: & si venditor improbus, emptor verò pius & relligiosus esset, emptori rem sineret: tanquam Diis ejus pietatem tali beneficio remunerantibus: Quod si contra venditor ipse religiosior esset, emptor impius, ei res auferretur, & ad meliorem transiret. Quod judicium ut ineptum ridet *Euseb. Cæsariens.* in libro quem adversus *Hierocles.* scripsit, tanquam hac sententia pauperes Diis odiosi, divites verò clari ostendantur, & probitatis præmium sit pecunia: ad nostros si res deferatur, non omnibus idem judicium esse inveniemus. Venditori enim hac in specie manum dandum censet *Ludovic. Roman. in l. si quis cum aliter ff. de V.O.* ubi addit se ita ex jure de facto respondisse. Per contrarium emptori relinquendum inventum contendit *Francisc. Aret. in d. l. si quis cum aliter*; Si non per ambages ire libeat pro emptore stabimus cum *Scævola in l. à tutore 67. ff. de rei vind.* A tutore pupilli, inquit, domum mercatus ad ejus refectionem fabrum induxisti, is pecuniam inveniet, quæritur ad quem pertineat? Respondi: si non Thesauri fuerint, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non oblata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat. Res composita est Nàm nec venditor in casu nostro, uti & *Philostratus* à se deperditam, vel forsan à parente reconditam & oblitam probare poterat: uti poterat Adolescens in Fabula *Menandri*, cujus pater caverat testamento, uti filius post decimum annum epulas quasdam intra suum monumentum referres: interim luxu & nequitia paterna bona prodegit, & fundum in quo monumentum erat seni, vicino vendidit: post decennium recordatus jussionis paternæ, monumentum una cum sene aperit, ut epulas inferret, ibi Thesaurum cum Epistola reperit, qui ei propter recentem reconditi memoriam indubiè cedere debuit.

Sene

Sene emptore neqnicquam ad technas dilabante, nec enim poterat: quod tamen in nostro emptore inducimus, de commodo perfecta emptione contingente & ad emptorem jure ordinario pertinente objicere *l 7. l. 8 ff peric. & com. rei vend.* quia de origine constabat: quæ in casu nostro vetustior inventioni robur tribuit. Est enim nihil aliud Thesaurus, quam vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria ut jam dominum non habeat *l. nunquam ff. de acquir. ret. dom.* Ex quo nunc pro emptore aliud resultat. Si pecunia ea dominum non habuit, sed ab ignoto reposita *l. unic. C de Thesaur.* qua ratione damno se affici, & ultra dimidium lædi proponit venditor? lædi enim non potuit, nisi in eo quod suum fuit, hæc autem pecunia ejus non fuit, imo nullius fuit, ut inventori tribui debuerit meritò *l. 3. ff. de acquir rer. dom.* & justa ratione reprehensi sunt *Brutus & Manilius* quod putarint, eum qui fundum longa possessione ceperit, etjam Thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse. Nam sicuti *Paul.* dicit, is qui nescit, non possidet Thesaurum, quamvis possideat *l. possidere 3. §. Neratius. ff. de acquir. vel amit. poss.* quo ipso eliditur intentio venditoris, qui se librum non aurum vendidisse proponebat & rectè: aurum nec vendere poterat, quoniam illud non habuit *Roman.* aliud, quod & pretii exigui videtur, habet. In læsionis ineunda ratione contractus tempus inspici debet *l. 8. C. h t.* licet occulta sit hujusmodi æstimatio, nec obvia cuivis *l. non intelligitur §. Divi fratres. ff. de jur. fisc.* Verum id argumentum deviat, quod proponit, facilè conceditur, probare debuit hic læsionem subesse, ea enim si lateat, quæritur inepte satis, de tempore ineundæ læsionis & §. *Divi fratres* nihil tale dicit, seu coincidit cum *d l. 8.* Habet & aliud. In conductione ob summam ubertatem quæ non industria conductoris contingit sed casu fortuito pensio augetur *l. si merces. §. vis major. ibid. Gl. ff. locat.* Idem ergò propter similitudinem contractuum in venditione dicendum est, si magnum & ex insperato lucrum fecerit emptor, ut invicem ejus præstet venditori pretium majus. Verũ diversa ratio est inter conductionem & emptionem, si enim rei locatæ reditus decrescant, decrescit & merces, *d. §. si vis major.* In emptorem autem commodum & incommodum transit *l. 7. l. 8. ff. de pericul. & commod. rei vend.*

THEMA VICESIMUM.

Quæritur an L. nostra decisio etiam in stricti juris contractibus procedat?

Quod quidem communi Dd. voto ita receptum apparet ex *Pinell. part. 1. c. 3. n. 7. & seqq.* Probatur (inquit ille) hæc recepta opinio ab identitate rationis: æquum enim videtur ubi tam magna læsio emergit etiam in stricti juris negotiis circumscripto succurrendum esse *arg. l. in omnibus 56. ff. de obligat. & action. l. bonam fidem C. de obligat. & action l. nam hoc natura ff de condict. indebit.* Et pro hac opinione facere videtur *l. si quis cum aliter 36 ff. de V. O.* Idem est, ait ICtus, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit. Verum hæc communis opinio mihi non adeò vera videtur: Cur enim juris stricti contractus dicuntur? an alia ratione, quam quod judex strictè & præcisè formulæ ita inhærere cogatur, ut ne quidem latum unguem recedere possit? Itaque si appareat Lucium Titium Mævio stipulanti spopondisse, & quidem per læsionem immodicam, nihil aliud tamen judex facere potest, quàm ut Lucium Titium condemnet, quamvis videat non deesse æquitatem, quæ pro eo faciat ut rectè *Anton. Faber. decad. 8. error. 1.* dixerit, stricti juris contractus non admittere eam reformationem, quam æquitas alioquin suggerere videtur. Quod etiam ex eo constat, promissorem obligari jure ipso etiamsi aliter, quam decuisset, per dolum obligatus sit *d. l. si quis cum aliter de V. O.* doli saltem exceptione data. Quæ tamen doli consideratio in terminis nostris attendi non potest, siquidem de eo contractu agimus, ubi mutuus contrahentiũ liber & spõtaneus nullo errore præstitus est consensus, cui ut stetur strictior contractus natura postulat. Nec fundamenta communis opinionis ab hac sententia nos dimovebunt, nam quod *primum attinet*, id nunc ex præcedentibus corruit, nec ll. in ejus comprobationem motæ alicujus momenti sunt. Non *l in omnibus ff. de oblig. & act.* loquitur enim de errore tali, ubi unus contrahentium illud, alius aliud facit, nos autem loquimur de contractu eo, ubi non talis error, sed saltem circa

va-

valorem intervenit, qui non potest contractum rescindere. Sic *l. bonam fidem. C. de oblig. & action.* non movet, volumus enim bona fide omnia inter contrahentes agi debere, nec dolum admittimus: at nihil inde sequitur, quoniam nos de eo loquimur contractu, ubi ex fide bona res processit. Sic quod ex *l. nam hoc natura ff. de condict. indeb.* nihil ad nos attinet; quia non ejus consideratur damnum, cum promiserit & quidem in contractu stricto. Quod pro *secundo* argumento adferebatur ex *d. l. si quis cum aliter de V. O.* non pertinet ad Legem nostram, quia ea in specie stipulator dolo carere dici non potest, qui hoc dictum fuisse intelligit, quamvis errore quodam expressum non fuit, ut promissor ante conditionem existentem non teneretur. *Duaren. in d. l. si quis cum aliter.*

THEMA VIGESIMUM PRIMUM.

Non itaq; in Transactione obtinebit.

Dd. pro sententia tàm negativa quàm affirmativa citat copiosè *Arius Pinell p. 1. c. 4. num. 13. & seqq.* qui contra nos atque adeò ipsam veritatem in Transactione locum dat remedio *L. nostra* sequentibus motus fundamentis. 1. Quia & alibi dubius eventus æstimari solet ut in *l. si jactum retis ff. de act. empt. l. propter spem 24. in fin.* ibi, *nisi tantum æstimatus sit eventus ff. famil. ercisc. l. nam hoc modo ff. de heredit. vel action. vend* ibi, *quasi spes, &* ibi, *ipsum incertum l. final. ff. de act. empt.* ubi etiam emitur & æstimatur servus qui apud hostes est, *l. in quantitate 73. §. magna ff. ad L. Falcid. l. 8. ff de contrah. empt.* 2. Quia in restitutione quæ à jure conceditur minori adversus transactionem *l. 1. & 2. C. si advers. transact.* necessario præsupponitur æstimatio dubii eventus, & ex eadem dubietate resultare læsionem æstimabilem, aliàs enim cessaret restitutio. Habet & consentiens *Pinello* aliud argumentum *Fachin. 2. controvers. 26.* Quoniam dolus ex proposito, & dolus reipsa æquiparari videntur, *l. si quis cum aliter ff. de verb. oblig.* Si autem dolus ex proposito intervenit transactio rescinditur *l. si superstite C. de dolo.* Ergò rescindetur dolo reipsa in-

terveniente, qui apparet si læsio fuerit ultra dimidium. Addi solet etiam *l. in summa ff. de condict. indeb.* Sin autem (subjicit JCtus) evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, & repetitio datur. Nec deserta est, uti paratus à rationibus, ut scilicet eò faciliùs fraudibus obvietur, & Justitiæ quæ unicuique suum tribuit, satisfiat. *Decius consil. 60. n. 4.* quin quod æquum sit, neminem cum alterius jactura maximè gravi locupletari debere *c. locupletari de R. I. in 6. Ioh Kopp. decis. 58. num. 6.* & quia transactio dicitur species venditionis, etiamsi sit super lite *l. 1. l. litis ff. pro empt. l. sed & si §. si lis ff. de public. in rem act. Tiber. Deci. 2. consil. 54. num. 61.* Itaque ut in venditione admittimus L. nostram similiter in transactione admittenda erit. Quibus non obstantibus sic pro sententia nostra argumentamur. 1. Rescriptio Imperiali causæ seu litis semel sopitæ resuscitari non possunt. *l. causas 16. C. de transact.* quæ sic intelligitur ex omnium sententia, ut loquatur de speciali & noviter impetrato rescripto, multò minus igitur generali, & alio de casu edito rescindi potest, quale est hoc nostrum in *l. 2. C. h. t.* 2. Si volumus jus, quod est in *h. l. 2.* ad transactiones pertinere, fit id per modum extensionis: loquitur enim Lex nostra de venditione & contractu fidei bonæ. Transactiones autem stricti juris sunt *§. actionum Instit. de action.* & per consequens strictè exaudiendæ, constat enim non admitti aliquid præter id quod expressum est. *l. quicquid adstringendæ de Verb. oblig.* 3. Qui se juvari ex L. nostra vult, necessum ostendat tempore contractus læsionem fuisse certam *l. 8. C. h. t.* atqui transactio est de re dubia, lite incerta *l. 1. ff. de transact.* qua itaque ratione incertæ rei certa potuit esse æstimatio *l. ubi autem 75. de verb oblig.* nisi forsan ex eventu, qui in restitutionum causis nullo modo consideratur. Et hinc oritur *quartum.* Litis eventus dubius est, fieri enim potuit ut judicio vinceretur. Ergò consulere boni debet quod accepit, unde in dubiis non solet considerari læsio. *l. 11. C. de transact. l. si ea lege C. de usur.* 5. Litibus finis est imponendus, ne immortales sint *l. properandum C. de judic. l. quidem ff de reb. cred. l. 1. de usucap. c. finem litibus extr. de dolo & contumac.* Verum, si transactione sopitas causas prætextu læsionis resuscitari patiamur, crescent lites in immensum: Hoc igitur cum sit contra bonum publicum, non, etsi læsio esset, attendi debet.

bet. 6. Rerum judicatarum quanta & quam magna sit auctoritas, nemo est, qui nesciat, nam inter cætera hoc iis tributum scimus ut propter læsionem quantumvis enormem non rescindantur, & in dubium vocentur *l. ult. & tot. tit. C. sentent. rescind. non poss.* Nunc verò nemo itidem est, quem lateat, quod scribit *Harmenopol. lib. 1. tit. 10.* majorum vim transactionum, quàm rerum judicatarum esse: quod hausit ex *l. non minorem 20. C. de Transact.* Similiter itaque ut res judicatæ sic non transactiones rescindi poterunt. 7. Sub prætextu instrumenti noviter reperti non potest instaurari negotium transactione sopitum *l. sub prætextu instrumenti C. de transaction.* & quid prohibet tale intelligas quo læsio enormis continetur? Imo sic intelligi legem cōtendo propter *l. Lucius. §. ult. ff. ad SCtum Trebellian.* ubi instrumentis repertis non solùm enormis, sed enormissima demonstrari poterit læsio: & tamen si transactum est, nullum rescissionis conceditur remedium. Idque ratione forsan ea, qua utitur JCtus in *l. summa §. 1. ff. de condiction. indeb* hoc ipsum nequit, quod à lite receditur causa videtur esse. 8. Transactionis robur idem quod juramenti constituitur. *l. 2. ff. de jurejurand.* Si verò jurejurando sit sopitum negotium restaurari ob læsionem non potest, vel etiam debet *l. non erit §. dato l. nam postea §. 1. de jurejurand.* 9. Pronñiores esse debemus ad liberandum quàm ad obligandum. *l. Arrianus de obligation. & action.* pronior ergò & verior ea erit opinio quæ liberat, quàm quæ obligat: talis autem nostra est. Quibus sic positis, videamus quanta sit argumentorum contrariorum vis: *Primum* habet *Pinell.* quo probat, & dubium eventum æstimare posse: quod nos vel sententiam nostram nequicquam pungit, certissimum est, nec à nobis negabitur, posse quidem fieri id, sicuti & ll. allegatæ clarissimè evincunt. Verum quæstio nostra est de æstimatione vera & certa: qui enim juvari se ex lege nostra petit, certam æstimationem rei suæ & ejusdem intuitu certam læsionem probare necesse habet, quod non potest is qui litem habet, nisi forsan ex arbitrio suo, quod tamen hîc non attenditur *l. pretia rerum ff. ad L. Falcid.* Atqui posse contendit *secundo* suo argumento *Pinell.* qua enim ratione aliàs opitularemur minori adversus transactionem, nisi æstimationem eventus dubii præsupponeremus? *l. 1. & 2. C. si advers. transact.* Verum argu-

gumentatio illa à restitutione minoris, ad restitutionem ex Lege nostra non procedit, in illa quippe demonstratio sufficit qualis qualis læsionis, quæ verosimiliter fieri potest. At certa æstimatio & ejus intuitu læsio certa ultra dimidium fieri in casu nostro respectu initii impossibilis est. Deinde favorabilior est cum minorum, quod patet, quam majorum: ut sic argumento probabili contra *Pinell.* argui posset, quoniam specialiter in transactionibus minorum receptum est, ut iis adversus eas venire liceat jure ordinario receptum aliud esse, quod à nobis jam probatum existimamus. *Tertium* argumentum habebat *Fachin.* dolus ex proposito & reipsa æquiparantur: illo autem modo irrita est Transactio *l. si superstit. C. de dol.* concedo. Ergò & hoc, nego: nec ulla imò ne quidem verosimilis in illo argumento est connexionis ratio. Quid enim dolus reipsa (liceat enim nobis sic loqui cum illo, quod enim res ipsa dolum in se habeat apud *Cuj.* alium habet intellectum, & ex *Duar.* ad illum petenda) cum dolo ex proposito commune habet, dolus quippè dolosus non meretur veniam, & juris beneficium aliquod, nec lucrum præstare alicui debet, quapropter nec ex transactione. Perpetua enim hæc est regula, Bonam fidem in contractibus observandam esse *l. 4. C. de oblig. & act.* at dolus reipsa, sic contingit ut nec transigentes eum sentire possint, nec is qui lucrum ex eo sentit, id per dolum sed per incuriam alterius habet, ut sic ab illo ad hunc argumentari valde ineptum sit, præsertim cum ostenso dolo non opus sit ulterius de læsione nimia queri, quę tamen quæstio prima & principalis est in dolo seu læsione ea, quæ fit reipsa & incuria contrahentium. Erat objectio *quarta ex l. in summa 65. ff. de condict. indeb.* Si autem (inquit) evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur. Verum evidentis calumniæ nomine qui læsionem reipsa contingentem intelligit, ne ille evidentem committat calumniam vereor *arg. l. 1. §. 1. ff. ad SCtum Turpil.* & notat ex eo textu *Bald.* quod dolus dans causam transactioni eam rescindat. Nihil igitur ad nos pertinet quod ingenuè confessus est *Pinell.* *Ego*, inquit, *verius puto ex illa L. non necessariò probari opinionem Bartoli.* Argumentum *quintum* erat *Decii*, cujus farinæ & *sextum*, sed refutantur abundè ex rationibus nostris, & sunt generalia, quæ nihil facilè inducere pos-

possunt. Ultimum admitti potest respectu juris quod præstat transactio, sicut enim is qui vendidit, rem in alium transfert, similiter qui transigendo rem alii cedit, rem transfert, & casu in utroque dominium vel ejusdem usucapiendi occasionem præstant. At in aliis notissimæ manent differentiæ: inter quas quæ hujus rei fundamentum sunt hæ non minimæ quod venditio bonæfidei, hæc juris stricti, in illa rei certa æstimatio in hac non item, consideretur.

THEMA VIGESIMUM SECUNDUM.

Uti nec in contractibus innominatis.

Fundamentum hujus Thematis pendet ex illo *An contractus innominati sint bonæfidei vel stricti juris?* hoc dum quæro excludo contractum Do ut Des, is enim, uti superius dictum est, coincidit cum permutatione, de reliquis tribus difficultas est. Putat *Franc isc. Hotom. in conjectur. de præscript. verb.* bonæfidei esse quia contractibus bonæfidei, adeo sunt vicini & propinqui uti ab illis non internoscantur, sicuti illud apparet ex nobili *l. 5. ff. de præscript. verb.* Sed contra *Hotoman.* stat communis observantia & ratio juris firmissima; ut cum contractus & dicatur bonæfidei, id pendet ex legibus & moribus, non enim est hominis judicium facere bonæfidei vel stricti juris sed legis solius, ut de hereditate & dote scimus, quæ olim stricti juris erat, hodie ex *Justiniani* constitutione bonæfidei facta sunt. Quapropter cum nulla sit lex quæ hos contractus innominatos in classem contractuum bonæfidei transferat, non video quomodo sententia *Hotoman.* procedere possit. Hinc lux clarissima affulget Themati nostro si enim juris stricti sunt, uti jam probatum, relinquitur in iis non posse obtinere legem nostram, quod pluribus citatis voluit *clariss. Heydec.* in *interpret. l. 5. de præscript. verb. thes. 45.* vir longiore vita dignissimus. Quærunt Dd. *cum hodie stipulatio quæ contractus juris stricti est, omnibus fermè contractibus interponatur, an ex hoc cesset hujus legis beneficium? Bartol.* hanc quæstionem tractat *in l. si quis cum aliter num. 4. ff de verbor. obligat.* & concludit non cessare, quia illa stipulatio non novat, nisi expreßè sit di-

ctum *l. final. C. de novat.* & poſito quod novaret primum, contingeret tamen id cum omnibus qualitatibus quæ habet venditionis contractus. Et placet mihi ſtare deciſionem *Bartol.* propterea vel maximè, quod Notarii (qui ſunt ut Pica, & Pſittacus, Gallus, qui ſtant in palatio dominorum & loquuntur ſine intellectu ut ait *Roman. ſingul. 52. num. 2.* & quorum imperitia deſtruit totum mundum, & ponit conſcientias bonorum virorum in magno diſcrimine, ut inquit *Bald. in conſil. 5. libr. 4.* & commendat *Jaſon. in l. filius à patre ff. de liber. & poſthum.*) conſuetudine omnibus contractibus verborum obligationem adjiciant, ut ſic, ſi contrarium diceremus, ipſorum magna imperitia hoc remedium æquiſſimum facilè tolleretur, vide *l. duo ſocietatem 71. ff. pro ſocio l. 3. ff. de reſcind. vendit. l. 7. § quod fere 12. ff. de pact.*

THEMA VIGESIMUM TERTIUM.

Nec contractu eo in quo renunciatum eſt ſpecialiter beneficio ejusdem.

Dico ſpecialiter: Si enim generaliter renunciatum ſit omnibus beneficiis, non tamen cenſebitur remedio legis noſtræ renunciatum *l. ultim. §. quaſitum ff. de condict. indeb.* Sunt enim renunciationes illæ generales ſtrictiſſimæ exaudiendæ, præſertim in hac tam magna læſione, de qua circumventum probabile non eſt cogitaſſe: & notabiliter dicebat *Cyn. in l. 1. C. commod.* generalem renunciationem ideò non valere, quia parit obſcuritatem & incertitudinem *l. quæro ff. locat. l. obligatione generali. ff. de pignor. l. in ambiguo ff. de reb. dub. & Felin. in c. ex parte. num. 3. ff. de offic. deleg.* voluit, quod generalis Renunciatio non tollat defenſionem competentem ex natura ſubjectæ materiæ. Et quâdo dicemus eum beneficio ei, quod ignorat, renuntiaſſe, *l. qui cum tutoribus in princ. & §. final. ff. de tranſact. l. cum Aquiliana eod. titul. l. mater decedens ff. de inoffic. teſtam.* Et fruſtra ſubſidium quærunt nonnulli ex Brocardicis iſtis vulgaribus, quod generalis renunciatio ad omnes ſpecies extendatur *l. Julian. ff. de lega. 3. l. ult. C. de dot. prom.*

L.

l. à procuratore C. mand. Et quod tantundem valeat dispositio generalis quoad omnia, quantum operatur specialis quoad speciatim enumerata *l. si chorus in pr. de legat. 3. l. omnes C. de præscript. 30. annor. l. si duo ff. de administr. tut.* Et quod imputare sibi læsus debeat, quod verbis generalibus & tàm latè patentibus usus sit, cum in ipsius arbitrio fuit, apertius & magis specialius loqui *l. veteribus ff. de pact.* hoc enim in casu ob rationes nostras vires perdunt suas. Quod verò specialem Renunciationem attinet, & circa eam reperiuntur qui dissentiant: nam qua facilitate (ajunt) ultra dimidium læditur, eadem videtur posse ad renunciandum induci. Verum id mihi non videtur, dum etenim specialiter renunciat, animum ejus non potest non subire læsionis meditatio, quæ in venditione verosimiliter non curatur. Nec succurrit ratio firma; cur mihi quod concessum est, non voluntate mea repudiare possem: Lex læso succurrit, at non invito, sed volenti: quæ enim ratio tibi rerum naturam dominium concedit, similiter liberrimi potestatem sic tribuit, ut possis pretio quo velis easdem distrahere, de quo animo conjecturam capimus, dum tu renunciando, quod oblatum est, pretium arbitrare justum, quod & per leges justum erit. Verum magna cautione opus erit, & contrahentium in hoc cura versabitur, ne stylo solito potiùs quàm scientia certa renunciatio peracta censeatur, quale enim simplicior ex adjectione Notarii pro more judicium capiet; etsi audiet per mille iterationes instrumentum, si non ei specialiter & verbis claris æquissimum apetiatur auxilium: Atqui dices, ipsi Notarii per summam ignorantiam id nesciunt, & quidem malè suo periculo utile esset tam præjudicii plenas insererent clausulas, ut læsi cautius mercarentur.

§(o)§

DISPUTATIO QUARTA.

AD

L.2. C. de Rescind. Vendit.

RESPONDENTE

CHRISTOPHORO Weyse/ Naumburgensi.

THEMA VIGESIMUM QUARTUM.

Videamus nunc qua actione læsus contractum rescindi petet? erit ea ex opinione communi ex contractu descendens.

Magna & hac in re varietas occurrit. Sunt enim qui concedendam læso in integrum restitutionem autumant. 1. Quia Lex nostra dicit humanum esse hanc rescissionem dari, quo significatur æquum esse propter conventionem venditionis Genus loquendi restitutioni maximè conveniens, cum restitutio omnis jure publico constituta ab æquitate sola proficiscatur præter rationem juris communis *l.1.l.pen de in integr. restit.* 2. Necesse est hîc intelligi restitutionem in integrum, si hæc rescissio contra jus commune comparata est. *l.in causa ff.de minorib.* Hæc autem rescissio talis est. Nam jure communi licet contrahentibus in pretio emptionis sese invicem circumscribere *l.si voluntate*

C.

C. de rescind. vend. 3. Præterea si qua actio civilis est, jure communi ea erit actio ex vendito, At actio ex vendito hic competere non potest, sive quod de ea rescissione in contrahenda emptione nihil convenit, sive quod hæc actio competat non ad rescindendam venditionem. Absurdum autem videtur actionem ex vendito ad rescindendam venditionem dari quę ad confirmandam venditionem comparata est. 4. Moventur exemplo venditionis vi contractæ. Nam si quis vi coactus rem vendiderit, & tradiderit, competit ei actio ad rescindendam venditionem, At non ex vendito, sed actio quod metus causa *l. 4. C. de his qui vi metus cauf. l. metum. §. sed quod Prætor. ff. quod met. cauf.* Hæc autem actio est restitutio in integrum quæ intra quadriennium tantùm competit. *l. fin. C. de tempor. in integr. restit.* Alia in sententia est *Pinell. part. 1. c. 3. n 9.* is enim largitur condictionem ex lege: attento (inquit) quod hæc lex novè succurrit, cum antea nullum remedium læsi in pretio daretur, nec obligatio resultat ex tenore conventorum, sed principaliter ex æquitate cui lex vires tribuit: & ita omnia videntur concurrere ex quibus condictio ex hac lege dari debet juxta verba; *JCti l. unica de condict. ex leg.* Sed sententia à nobis proposita communis & etiam verior est. Lex enim nostra concepta est de maioribus. Majores autem non restituuntur ex contractuum læsione *l. ea quæ à parte C. de restit. milit.* Non ergò competit restitutio in integrum. Non etiam quod *Pinell.* credidit condicto ex lege quoniam uti *themate 6.* demonstravimus, non est lex nova, sed vetus & multis seculis ante tempora *Dioclet. & Maxim.* frequentata. Deinde quæ more & cõsuetudine recepta, venditor emptori aut emptor venditori præstare debet, ea veniunt in actionem ex vendito & empto *l. si quod nolit, §. quia assidua de ædil edict.* Si quæ sunt moris & consuetudinis multò magis ea quæ jure certo sunt præstanda, qualis est restitutio quæ ex lege nostra præstatur. Nam quod jure præstandum est, id etiam more præstandum est, inquit *Donell. ad hanc l. n. 16.* Facit etiam quod in bonæfidei judiciis etiam ea veniant de quibus non est cogitatum *l. ex empto ff. de act. empt. §. in bonæfidei Inst. de act.* Nec obstant quæ obstare antea dicebamus. Nam primi argumenti fragilitas vel ex eo apparet quod non omnia quę contra ea quę humaniter constituta sunt, protinus ex-

traordinario remedio expianda sunt. Juris enim expeditum est æquum & bonum in judiciis bonæfidei omnino & præsertim emptionis præstari debere. §. ff Inst. de oblig. ex cons[...]t quis ideo si contra æquum & bonum quid fiat ad extraordinarium æquitatis, restitutionis sc. beneficium recurrendum esse dixerit, & non potius ad actionem ordinariam & ex contractu descendentem, arg. l. in causa 16. ff. de minor. Secundum argumentum similiter nihil infert & potius stat à parte nostra, si concludamus; Sed jure communi improbata est hæc deceptio (themate 6.) & consequenter eo etiam non extraordinario remedio purgabitur. Tertiæ objectionis facilis est resolutio si dicamus hac actione non simpliciter agi ad rescissionem contractus, sed alternativè, ut vel justum pretium vel rem restituat. Nec enim agatur ad rescissionem tantum propterea negamus actionem ex vendito manare cum satis constet, & illam interdum dari ad distrahendum contractum. l. sed celsus. §. 1. de act. empt. l. exempto § si quis virginem de action. empt. Ultimum argumentum repellitur prioribus observatis. Quod enim dicimus venditori competere actionem ex vendito ad rescindendam venditionem, item emptori ex empto, si modo hæc rescissio jure præstanda est: sic accipiendum est, si emptor aliquid restituere debet emptori quod ex emptionis causa accepit, ut in proposito ubi rem venditam emptor accepit ex causa venditionis: aut contra si quid restituendum est, quod accepit vêditor ex causa emptionis, ut in redhibitione ubi venditor reddit pretium quod accepit. Non idem fit in re per vim vendita & tradita emptori. Hîc enim emptor eam rem non habet ex causa emptionis & venditionis, quia venditio vi facta jure irrita habetur. l. 1. ff. quod met. caus. non potest autem ex vendito actio esse ubi venditio non constitit, si modo venditor eam venditionem stare nolit. Donell. d. l.

THEMA VIGESIMUM QUINTUM.

Qua in hoc aget ut venditio rescindatur, id est, ut rem, quam dedit consequatur, reddat & ipse pretium quod accepit, emptori tamen

men hac in re electione tributa. Si enim is malit rem retinere, & quod justo pretio deest supplere, poterit.

Incidit hic dubitatio quomodo JUSTUM PRETIUM debeamus accipere. Sunt enim doctrina præcellenti homines qui inter justum & verum pretium distinguant, justum intelligunt dimidium veri pretii, ut si fundus valeat 10. & venditoris sit. 4. putent satisfieri venditori si emptor unum addat, jam enim quinq; dati reperiuntur ita ut jam se læsum ultra dimidium quæri venditor non possit. Hujus sententiæ argumenta hæc habet. 1. Quia in nonnullis exemplaribus *d. l. 2.* in fine legitur: *Sic nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* Propterea cum initio precii justi, in fine autem veri precii fieret mentio, existimarunt vel ex eo differre 2. Quia justum nihil aliud significat, quam legitimum, ut cum justas nuptias dicimus in *pr. Inst de nupt.* nihil aliud quàm legitimas nuptias intelligimus, similiter uti justum pactum, justa uxor, justi liberi dicuntur. At precium legitimum si hîc accipimus necesse est intelligi veri precii dimidium. Nam dimidio veri precii soluto emptio jure consistit, nec rescindi potest uti patet ex *l. nostra.* 3. Quia si emptor ab initio dimidium veri precii solverit, non rescinditur venditio. Ergò etsi contracta emptione dimidium offerat idem consequi debebit. Quia non debet contracta emptione, deterioris conditionis esse quam ab initio fuit. Verum hæc interpretatio communiter Dd. non placet, nec sanè placere debuit, vel solo eo argumento, quod priores in suæ sententiæ explicationem trahebant. Quod enim lex nostra primum vocat justum, *quod deest* ait *justo pretio* idem mox nominat verum, *minus autem* scilicet *precium esse videtur*, *si nec dimidia pars veri precii soluta sit*, ut scilicet intelligeremus quantum hunc tractatum attinet nihil inter duo illa interesse. Unde videmus & in usu juris non raro justum precium appellari verum in *l. si fundus §. fin. de pignor. l. si res 11. §. 1. de jur. dotium.* Ex quibus & rationes oppositæ pelluntur & stabilitur sententia nostra. Verum id quod ultimo loco proponebatur, dissolvendum est. Nec enim ratio inelegans est non plus scil. concedendum esse ei quia ab initio e-

me-

mere vult quàm qui emit, posterior enim jam quæsitum jus habet. Verum considerandum est non utrobique eandem esse rationem qui n. vult emere potest, & quidem permittente jure, precio viliore emere, dummodo non sit infra dimidium justi pretii, sicq; eo ipso res in illum transit & nũmi in dominium venditoris, ut nulla supersit obligatio inter ipsos: at si emit precio infra dimidium, jus idem quod permittebat pretio viliore emere, impedimento est emptori ut ad petitionem venditoris non possit rei restitutionem vel justi precii suppletionem subterfugere, idque propter hãc obligationem, nunc inter ipsos perdurantem. Nec id iniq;. Si enim emptor pretium supplere voluerit rem restituat, aut si eam satius putaverit retinere precium solvat. Quapropter si ut in superiore exemplo proponas fundum valere 10. & quatuor venditum esse non aliter emptor audiri debet quàm si sex addiderit, id enim uti probatum est justum pretium dicitur. Quæritur *utrum hæc electio emptori competens sit intelligenda sit, ut sola res in obligatione an verò & pretium?* Quæstio hæc in varias partes scinditur sicuti constat ex *Pinello p. 3. c. 3. n. 1. & seqq.* Legistrarum hæc est sententia solam rei restitutionem in obligatione esse, pretii autem supplementum in solutione. Contra quos insurgunt Canonistæ qui utrum in obligatione esse volunt uti *Paidil. n 32.* etiam notat. Effectum hujus ponunt Dd. in eo. Si enim cum Legistis dixerimus, sequitur re perempta nihil amplius ab emptore deberi, cum tamen ex Canonistarum opinione, quia & pretium est in obligatione nihilominus id præstandum sit, de quo etiam *Donel. ad hanc. l. n. 14.* Verum ad eum effectum existimo parum interesse quid dixerimus, utimur enim ea in re jure aperto, vel enim res culpa emptoris vel sine ea periit. Priore casu tenetur non secus ac si res extaret. *l. 23. de V. O.* Posteriore non item ut si servus mortuus sit, fundus chasmate perierit *l. contractus de R. I.* Quæritur *cur emptori potius quam venditori electio detur?* Respondeo, quia voluntate venditoris dominium rei consecutus est emptor, & ideo non facilè ipsi hoc auferendum est, & si quid est vitii in contractu id non tàm in contractu quàm pretio est, id autem præstat emptor non venditor, & ideò merito ejus similiter electio erit.

THEMA

THEMA VIGESIMUM SEXTUM

Quod uti in arbitrio ejus est, sic quoque contentus erit venditor, quod emptor elegerit, qui si rem restituere malit, non ante id facere cogitur, quàm impensas refuderit venditor.

Controversia hac de re non exigua est. Sunt enim qui volunt rem circa impensarum restitutionem faciendam esse, propterea quod emptor ex l. nostra facultatem habeat retinendi rem emptam, & venditori solvendi id quod deest justo precio. Quapropter si rem retinere nolit cum possit & justum pretium supplere, imputet sibi cur impensas fecit, venditor enim utitur jure suo du.... em repetit, nec quicquam impensæ cum re commune habent. Verum contra hanc sententiam communis stat conclusio, quæ in argumentum transit, l. intra utile 40. §. ult. ff. de minor. quæ vult minorem restitutum adversus venditionem pretii à curatoribus factam sumptus ab emptore factos in rem ipsam restituere cogendum. Quod si in minore justum est, cujus restitutio omnium favorabilissima est, quantò magis hoc dicendum in venditore 25. annis majore. *Salicet. in l. nostra* replicabat *in d. l. intra utile §. ultimo*, rem præcisè auferri invito emptori ex vi restitutionis, in l. autē nostra voluntate emptoris res aufertur, quoniam potuit justum pretium supplere. Verum contra *Salicet.* dicemus & in specie l. nostræ etiam invito emptori rem auferri, quoniam eam non potest retinere nisi pretium justum exhibeat, quod sive ei absit, sive res, cum id in ejus vicem succedat parum refert. Imò cum ad sumptus consequendos emptor actionem habeat, *l. quod dicitur 5. §. si dos ff. de impens. in res dotal. l. qui exceptionem 40. §. si pars de condict. indeb.* utique multò magis exceptionem habebit, *l. 1 §. is autem de superfic.* Faciunt & in thematis probationem *l. donum C. de rei vind. l. in fund. ff. de rei vind.* cum similibus. Non obstat argumentum contrarium, quoniam hæc facultas non est absoluta, sed modi-

ficata, nec enim potest nisi pretio justo suppleto rem retinere: Quapropter si velit uti jure permittente potest rem restituere, nulla ratio est cur expensarum refusionem negaremus. Limitari tamen utiliter poterit hæc conclusio, ne procedat in impensis immodicis præ quibus satius fuerit venditorem re carere, *d. l. in fundo ff. de rei vind.* Grave enim onus non videtur utiliter gestum, *l. sed an ultro §. 1. de negot. gest.*

THEMA VIGESIMUM SEPTIMUM.

Quæritur cum rem restituere vult emptor an fructus perceptos simul restituere teneatur.

Articulus hic scitu dignissimus est *inquit Pinell. in parte 2. c. 4. in pr.* nullique ex jam tractatis difficultate vel utilitate inferior. Sunt quamplurimi qui propositum thema affirmant. 1. Quia natura restitutionis intelligenda est cum fructibus, *l. in condemnatione ver. & verbum restituas ff. de R. I.* Facit *l. patri §. item ex diverso ff. de minor. l. videamus §. in Faviana. ff. de usur.* ubi patrono revocanti alienata in fraudem legitimæ, restituitur res cum fructibus & tamen ille patronus similis videtur emptori recedenti à contractu quoniam sicut emptor, ita & possessor contra quem agit patronus potest rem restituere vel supplere justum pretium *l. 1. §. si quis ff. si quid in fraud. patron.* 3. allegant textum *l. cum autem §. cum redhibetur l. quod si nolit. §. ult. ff. de adil. edict.* Cui quidam respondent contrarium statuentes quod in actione redhibitoria ex voluntate emptoris resolvatur contractus, & ipsi imputandum sit. Verum replicant hujus sententiæ asseclæ, quia cum res vitiosa aut morbosa redhibetur, etjamsi resolutio contractus in emptorem confertur, est tamen quod imputetur venditori cui totam rem vendiderit, & ideo culpa ejus rescinditur contractus, & nihilominus fructus ei restituuntur. 4. Proferunt *l. 1. C. si major. fact. alien. factam. & c.* ibi in arbitrio ejus ponere an velit possessionem cum fructibus restituere. Verum contra opinionem hanc insurgunt *Gomes. 2. re-*

2. resolut. 2. 24. Pinel. d. loc. Fachin. 1. controv. 24. 1. Quia interim donec contractus rescissio sit dominus verus, & ideò propria re utitur; nec tenetur fructus restituere cum eos suos fecerit. Verum hæc argumentatio displicet *Covar. 2. resol.* 3. siquidem & is qui à minore emit ante concessam in integrum restitutionem verus dominus; & tamen data in integrum restitutione ad fructus tenetur *l. quod si minor 25. §. restitutio l. patri 28. §. item ex diverso ff. de minorib.* Sic in redhibitoria ante redhibitionem verum dominium habet, quod negari non potest: at nihilominus condemnatur ad rei cum fructibus restitutionem. *d. l. cum autem §. cum redhibetur.* pro hac opinione recitat alia *Gomez. citato loco.* Sed primum & secundum recidunt in responsionem *Covar.* Tertium ejus est, quia si unus ex contrahentibus habet rem, alter habet precium, l. curabit C. de act. empt. Ponderant & alii quod l. nostra dicat rescissa venditione rem restitui debere, de fructibus autem nihil addit. *In hac dubia quæstionum concertatione placet mihi viam mediam ingredi*, ut quidem emptor teneatur ad fructus respectu illius, quod res plus valeat compensando aliam partem fructuum ad respectum rationemque pretii dati. Quam sententiam habet Harmenopol. lib. 3. tit. 2. & pro hac facit quod dici solet fructus cum usuris compensandos esse *l. 2. C. de usur.* & argumentum superius recitatum, iniquum aliàs esse, venditorem quidem pretio usum & sine usuris, emptorem verò rem cum fructibus restituere debere. *d. l. jurabit.* Atque hanc opinionem expressè fovet. *l. 1. C. si major fact. alienat. fact. &c.* ea quippe in specie fructus cum re restituuntur ab emptore, quia eidem pretium à se datum cum usuris restituebatur quemadmodum fit in *l. 1. & 3. C. si vend. pign. agat. l. illud. 29 ff de ædil. edict.* quod & in casu nostro valet, si emptor nolit uti compensatione, sed omnes restituat fructus.

THEMA VIGESIMUM OCTAVUM.

Controvertitur & hoc an resoluto ex l. nostra contractu resolvatur onus rei venditæ impositum ab emptore.

Ut ſi fundo impoſuit ſervitutem vel eundem alii oppignoraverit. Et quidem multi ſunt, qui hoc negant, Bartoli argumento moti, quoniam cum contractus reſolvitur voluntate emptoris tum quoque onus impoſitum non reſolvitur *l. ſi res ff. quib. mod. pig. vel hypoth. ſolv.* In ſpecie autem l. noſtræ reſolvitur ut arbitrantur voluntate emptoris contractus, poterat enim eum ſupplendo juſtum pretium ſervare. Deinde videtur fortius jus creditoris in re vendita quàm venditoris, ut ſc. actione perſonali ipſum compellere poſſit ad rei reſtitutionem, nam plus cautionis eſt in re quàm in perſona, *l. plus cautionis d. R. J.* ut ſic reſciſſo licet contractu, non tamen reſolvi debeat onus vel hypotheca ei impoſita. Verum affirmativa potior videtur. 1. Quia iniquum eſt & in præjudicium venditoris grave, ſi dixerimus rem cum onere ad ipſum redire, vendidit enim ei liberam, qualis autem vendita eſt, talis etiam reſtitui vel ex l. noſtra debet. in ver. *Fundum venundatum recipiat.* 2. Quia reſoluto jure dantis ſolvitur etiam jus accipientis. *l. lex vectigali. ff. de pignor.* 3. Quin reſoluto principali ſolvitur etiam acceſſorium *l. cum principalis ff. de R. J.* 4. Neque enim reſolutio quæ in ſpecie l. noſtræ fit propriè dicitur manare ex voluntate, non ea ratione quam plerique profetunt, quod fortaſſe emptor pecuniam non habeat, qua ſupplere pretium valeat, ſiquidem hæc conſideratio nimis longè & ab accidenti petita eſt, frequentiusque fit quod ſi præſentem pecuniam non habeat, eam ab alio mutuam accipiat, ut juſtum pretium ſuppleat, ut rem reſtituere non cogatur. Sed ex natura negotii & ex cauſa præcedente pignus vel hypothecam, atque etiam legis authoritate. 5. Reſoluto ex pacto addictionis in diem contractu hypotheca reſolvitur *l. 4. §. ſed Marcellus ff. de in diem addict. l. 3. quib. mod. pign. vel hyp.* Pari itaque & ſimili modo in caſu legis noſtræ venditione reſoluta hypotheca ſolvitur. Nam uti emptor impedire poteſt reſciſſionem ſupplendo id, quod deeſt juſto pretio ita & emptor impedire poteſt, ne reſolvatur contractus, ſi offerat venditori eam conditionem, quæ ab alio offertur. *l. licet. l. neceſſe ff. de in diem addict.* Nec pretii magni ſunt illa quæ parte ab altera prolata ſunt, de illo jam conſtat quod primo opponebatur, non reſolvi contractum voluntate ſpontanea & libera: ſed potius coacta & ex natura negotii & le-

gis

gis autoritate, de quo casu non loquitur *d. l. 3. ff. quib. mod. vel hypoth.* Quod pro secundo adhibebatur esse potentius jus creditoris quam venditoris non satis probatum est. Constat enim venditori prius quàm creditori rem obligatam fuisse, venditoris jus resolutioni non est obnoxium, de restitutione enim loquimur, creditoris utique.

THEMA VIGESIMUM NONUM.

Pertractavimus theoricam hujus legis, videamus practicam. Sic enim loquitur in lege nostra Bart. num. 16. *ubi primò videndum quomodo libellus concipi debeat. Videtur autem ex communi sic formari posse.* Deinde Judex ago contra Titium cui ante annum vendidi fundum aureis quadraginta novem, cum tamen contractus tempore valeret, centum quod ego ignoravi, & sic sum deceptus ultra dimidium justi pretii. Peto ergò per vestram sententiam Titium compelli, ut accepto rursus pretio fundum restituat, vel quod justo pretio deest, suppleat.

Libelli summa brevibus percurrenda est. Quod primò dicitur tempore contractus fundum valuisse 100. id omninò necessarium est. Sic enim à præterito in præsens conciperetur, vitiosè id fieret, quapropter etiamsi hodiè fundus æstimetur 100. si tamen contractus tempore datum pretium non superaverit, firma est emptio, atque id nominatim probatur. *l. si voluntate C. h. t. l. 3. §. Divi fratres ff. de jur. fisci.* Addere debet se er-

errasse; Nam si sciverit satis ineptè ex hoc beneficio se juvare petet, quanquam id necessarium non sit, pendet enim ex sequente, cum dicit se ultra dimidium læsum esse. Nam alias ei ex hac lege subveniri non potest *l. in causa §. f. de minorib.* juncta *h. l. n. 5* stra. Quod alternativa conclusio subjicitur, non quidem necessium est, propterea quod verè res saltem sit in obligatione, pretium in solutione, tamen *Bartol* laudat magis si alternativè concludat libellus, *per §. 1. Instit. de offic. judic. l. miles. §. decem. ff. de re judic.* quæ ostendunt posse alternatim judicari & peti in casu in quo unum tantum est in obligatione, alterum in facultate solvendi. Nec enim (inquit) *Pinell. c. 3. p. 3. n. 4.* culpari potest talis alternativa, in qua exprimitur quod de jure committitur electioni conventi, cui alternativa ipsa nullum incommodum adfert.

THEMA TRIGESIMUM.

De modo probandæ istius læsionis ultra dimidium res non explicata satis est; quid enim si multò post contractam venditionem de vero pretio remoti illius temporis sit controversia, quomodo id probabitur?

Temporis cujusvis pretium duabus ex rebus æstimatur, qualitate rei & quantitate fructuum, *l. si quos C. de rescind. vend. l. pen. in pr. ff. de reb. cor. qui sub tutela.* Et qualitate, quia alia est, prati æstimatio, alia agri, alia vineæ. Ex quantitate fructuum qua superiorum quoque rerum in suo genere æstimatio pro modo fructuum longè dissimilis est. Intelligitur autem fructuum quantitas partim ex fertilitate fundi partim ex ejus magnitudine. Nam alii fundi aliis sunt fertiliores pro situ loci. Et majores fundi plures fructus afferunt. *Donel. ad hanc. l. n. 5.* Quod si ad æstimandum verum pretium testes producantur necesse est, ut ex qualitate rei & quantitate fructuum de æstimatione rei quæ con-

contractus tempore fuit testimonium ferant. *l. si voluntate 8. C. h. t.* non ex affectione privato quam habent, vel affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educati sint, vel parentes sepulti. *l. 1. §. & alias 15. ff. si quid in fraud. credit.* vel quod majorum fuerint. *l. in emptione 34. de contrah. empt.* sed communi æstimatione, *l. pretia rerum 63 ff. ad l. Falcid. l. servum 33 ff. ad l. Aquil.* Quid autem si emptore contractus pretium fuerit insolitum, idque deponerent testes, anne juxta id miri æstimatio debet, & notant id communiter in h. l. *per d. l. precia rerum in fin.* Verum redditur ea conclusio dubitabilis ex eo quod diximus, tempus contractus inspici debere, *d. l. si voluntate C. h. t. juncta l. 2. §. qui ad munera ff. de vocat. numer. l. Titius de testam. misit.* Sic alia incidit hic quæstio, si testes dicerent rem valere 100 & plus, cum tamen 50. vendita esset dubitatur, an illud attendi debeat ut ex eo ultra dimidium læsio colligi possit? Et plurimi sunt qui illud negant: verum illi evidenter refelluntur *per l. hac adjectio de V. O.* quo spectat quod disputavimus supra *them. 8.* Quod si testes in testimonio dicendo diffident, ut si unus diceret rem valere 100. Duo 100 & 20. stabitur testimonio duorum *arg. l. fin. C. de fideicom.* Quod si unus diceret valere 100. & 10. alter 100. tertius 100. & 20. stabitur ejus dicto qui minorem summam expressit. Nam utique reliqui in eam consenserunt, *l. diem proferre 27. §. si plures ff. de recept. qui arbit. l. inter partes ff. de Rei vendit.* & in dubio in partem mitiorem meritò inclinamus. *l. semper in obscuris de R. I.* Nec tamen necesse est rationem testimonii sui non interrogentur adjiciant. *Pinell. part. 3 c. ult. n. 11.* Distinguunt similiter hîc nonnulli inter testes affirmantes & negantes, & volunt illorum testimonium saltem procedere, quę similiter distinctio iniqua est, adimit enim defensionem emptoribus, puta si testes venditoris asserunt rem valere 100, testes verò emptoris nihil ei prodessent dicendo 80. saltem valere, ideò non est distinguendum hic inter affirmativam & negativam, sed attendendum quis meliorem rationem adferat. Quod si & testium dictis res decidi non poterit, erit prudentiæ judicis peritos earum rerum æstimatores eligere, *arg. l. si irruptione §. fin. ff. fin. regend. l. hac edictali §. his illud C. de secund. nupt.* qui potissimum duo esse debent. *c. quod autem in Nov. de non alienand.*

ut cautius & consultius agatur, quod & voluit hic *Bart. n. 16.* Quod si a. difficile erit meminisse & probare quæ fuerit vera æstimatio tempore venditionis, quia forte nimis longo post tempore emptio rescindatur, hoc consilii dandum est venditori, ut probet præsentem æstimationem fundi de quo agitur & dicat eum fundum non fuisse mutatum ex eo tempore quo venditus est. Necesse enim est nisi mutatus sit & mutata ejus æstimatio, eandem etiam æstimationem prius fuisse quæ nunc est. Quod si emptor dicat mutatum esse, id probare debebit, *l. eum qui ff. de probat.* Adfert ultimo loco ad complementum probationis materiæ quæstionem *Pinell. d. loc. n. 43.* Si ex adductis ex parte conventi, vel alio modo aliqualiter enervetur probatio agentis, ne omninò concludat, & secundum juris regulas videretur conventus absolvendus *l. qui accusare C. de edend.* Pro eo etiam videtur facere regula *l. Arrian. ff. de oblig. & act.* & quod in dubio res præsumatur justo pretio vendita *arg. l. 25. ff. de probat.* quam tamen opinionem non admittit *Pinell.* Verum ejus argumenta non sunt tanta, ut possint vel illa ipsa à se adducta refellere, & considerare debuerat Pinellus, emptori ex voluntate venditoris quæsitum jam dominium esse quod ipsi sanè in dubio auferri non debet *§. 2. de his qui sunt sui vel al. jur.* & licet à parte venditoris militet ratio æquitatis magna, ea tamen sic exaudiri debet, ne alterius cujusque petitioni justiori quicquam detrahat. Volumus n. ex superioribus constare æstimationem, eamq; claram & certam, ejusq; in rei probationem tam scrupulosè testes & eorum testimonia investigavimus, atq; in casu nostro ea dubia est, & per contrarium ab emptore elisa. Nec quicquam stringunt illa quæ in suæ sententiæ robur promit, nempe quod clara sit probatio, etiamsi per conventum labefactata. Nam id non satis ab ipso probatum est *l. ob carmen § f. ff. de testib.* neutrius opinioni patrocinatur, & judicem instruit quid in re dubia faciendum ipsi sit. Adde quod *Pinell.* opinio regulam illam æquitatis plenam impugnent, qua traditur in dubiis potius reis quàm actoribus succurrendum esse, reponit ille humanitatem & illam stare à partibus venditoris. Verum jam de contraria constat ex argumentis illis nostris, Nec (Inquit *Pinell.*) injuria convento infertur cui à jure datur electio retinendi rem supplen-

plendo pretium vel restituendi eam. Sed hoc remedium Pinelli satis lugubre est, anne injuriæ satis si compellamus emptorem, si rem velit retinere ad supplendum pretium? cum jam semel emerit, & quidem ita ut non satis constet an emerit precio viliore: aut sin pactum vel nolit, vel etiam pauperior non habeat supplere non possit ad rei restitutionem adigamus?

THEMA TRIGESIMUM PRIMUM.

Judex coram quo judicium hoc instituitur non alius erit, quàm domicilii ejus qui convenitur.

Nonnulli volunt judicium hoc coram eo proponendum esse, in cujus territorio res, de quibus agatur sunt sitæ, *l. f. C. ubi in rem act.* Alii in electione actoris id esse volunt vel coram judice in cujus territorio res sitæ sunt experiri. Videtur tamen verior sententia nostra. Est enim actio ex lege nostra redundans, personalis unde & quemadmodum aliæ actiones personales coram judice domicilii proponi debet. *l. quoniam C. ubi & apud quem in integr. rest. l. f. C. ubi in rem act.* quod concordat cum jure ordinario, sicuti constat ex *l. 2. C. de jurisd. omn. judic. l. heres absens ff. de judic.* Dicitur autem locus domicilii ubi quis locum aut summam fortunarum suarum vel majorem partem constituit *l. Cives C. de incol.* vel ubi quis assiduè versatur. *l. 2. C. ubi senat. vel clariss.* quod tum fieri dicimus, quando majore parte anni aliquis in loco quopiam versatur, *arg. l. cum de latron. §. Sabinus. de fund. instr.* ubi si dicat testator: *Lego Titio fundum Tusculanum & ea quæ ibi sunt.* intelliguntur ea legata quæ plerunque in fundo fuerunt, id est, majore parte anni. Unde si casu fuerint quædam ornamenti causa in fundum illata ad usum quendam repentinum, & temporarium licet inveniantur tempore mortis non intelligentur legata. Constituitur domicilium animo & facto. *l. domicilium ad municip.* animo scilicet, ut ea mente transferam aliquo res meas quasi velim illic habitare perpetuo, qui animus postmodum declaratur facto, sc. positione sedium Ergo transferens res suas aliò dum ultra vult pergere, non potest

alibi conveniri quam ubi sedem fixerit. Unde Dd. communis est conclusio quod Studiosi non dicantur habere domicilium eo in loco ubi studiorum gratia morantur, propter non permanentem instabilemque eo in loco residendi animum, sicuti id ex aliis notat *Petr. Rebuff. de privil. schol. privil. 121.* Cujus effectus hic est, quod non possint propter delicta vel contractus alibi factos ibidem tanquam domicilium habentes conveniri, sicuti idem Rebuff. privil. 123. probat, dum (inquit) quod Scholasticus sit in via & advena, qui non potest conveniri, extra domicilium, *l. hæres absens. § proinde ff. de judic.* cum quod sola habitatione non sortiatur forum *Salicet. in l. 2. C. ubi de crim. agi.* & ne cogatur studium deserere & extra universitatem vagari, ut notat *Bolognet. in auth. habita. C. ne fil pro patr.* Quod tamen restringendum est in contractibus & delictis in loco studiorum perpetratis. Tum enim conveniuntur non respectu domicilii, sed contractus vel delicti *l. 2. §. sed si agant ff. de judic. in c. ex parte de for. compet.* Et quoniam in mentionem studiosorum nos materiæ deduxit ratio apposite quæri potest. Num studiosi etiam stare teneantur decisioni *l. nostra 2. C. de rescind. vend.* ita ut contractum rescindere non possint nisi ultra dimidium læsi reperiantur? Quæstio frequens est & practicatur à Bibliopolis, Mercatoribus, aliisque vulturibus pecuniæ studiosorum inhiantibus, contra quos firmiter & æquitate causæ & miseratione personarum tenendum etiam ob leviorem circumventionem illis succurrendum esse, *arg. auth. habita C. ne fil pro patr.* quod etiam pronuntiavit *Panthal. Cremens. in h. l.* & ex illo notat *Petr. Rebuff. de lo. privil. 120.* ubi etiam extendit hoc in tantum ut si studiosus emerit librum valdè vitiosum non possit compelli ad ejus solutionem quod non admittit. Nec enim privilegia in injuriam aliorum redundare debent. Quapropter enim Bibliopolæ libros ejusmodi vitiosos emere cogantur, nec eosdem propter imperitiam plerumq; à correctis secernere possint, injurium utique fuerit propterea eodem pretio multari. Admitto tamen Rebuffi opinionem in typographis. Illi enim si per incuriam vel propter avaritiam, quia forsan Correctores idoneos non alunt, committant, quo minus liber vitiis nimiis purgetur precio privandi erunt. *Nunc ad thesin regrediamur.* Quod verò ex sententia aliorum superius dictum remedium *l. nostræ* proponendum in loco rei sitæ, colo-

rem

rem habet, sed fundamentum falsum est, quia, inquiunt, rem ipsam persequitur ad quamcunque manum devenerit, *l. in causa 13. §. ff. de in integr. restit.* & est contra rationem nostram, qua personalem eam dicebamus, quæ non solet fundum sequi *l. 1. §. si hæres ff. ad S Cem. Trebell. l. ult. §. ult. de contrah. empt.* Quod apertius & in specie quasi nostra confirmat *l. 10. C de rescind. vend.* Quæ enim ratio cur non emptor secundus ibidem conveniatur? Si enim quod urgent, rem ipsam persequatur, emtorem illum conveniet, is enim nunc eum tenet, id autem negat lex. Et urget idem *l. æris alieni C. de donat.* Admittenda tamen horum opinio erit, si emptor ille alter de læsione sciens ideò emat ut repetitionem avertat, *l. 1. §. 3. C. si vend pig. ag.* quod pluribus persequitur *Covar. 3. resol. 3. n. 10. Pinell p. 2. c. 1. n. 31.* ex quibus & sententia altera corruit, qua dabatur electio, læso vel in personam vel in rem agere; attento & eo non in arbitrio læsi sed lædentis esse quid velit restituere, utrum rem ipsam, vel precium justum supplere: ita ut realis quæstio non directò locum habere possit, nisi prius de animo alterius constet.

THEMA ULTIMUM.

Coronidis loco sit actionem ex lege nostra 30. annis durare.

Quæstionis præsentis discussio peti debet ex themat. 24. Illi enim qui restitutionem in integrum dandam ex l. nostra asserunt, consequenter ad instar cæterarum restitutionum quadriennio terminandam esse colligunt, *l. ult. C. de tempor. restit. in integ.* Quæ est etiam sententia Græcorum recepta à *Cujacio c. 23. de divers. tempor præscript.* Quod etsi nonnulli à jure scripto abhorrere videant, æquum tamen & rationi consentaneum opinantur, propterea ne quæstione læsionis in tantum extensa sit in incerto emptor, & consequenter rerum dominia hæreant, contra *pr. Instit. de usucap.* Unde restrictum id tempus apud *Hispanos* ad quadriennium refert *Paidil. ad l. nostram n. 47.* Apud *Gallos* verò ad decennium ex constitutione *Ludovici 12.* ut refert *Molinæus in consuet. Paris. §. 13 §. 5. n 57.* Apud *Lusitanos* usque ad quindecim annos *Pinell. 2. part. c. 1. n. 26.* Et fortasse prudenter, ait, restrictum est tempus cum hujus actionis vis consistat in

pretio & valore rerum id autem tempore mutatur ut docet experientia & JCtus *in l. pretio rerum ff. ad l. Falcid.* nec videtur suspicione fraudis carere qui post longum tempus se læsum quæritur. Non mihi nunc libet de æquitate restrictionis apud illos disputare, de illa enim viderint illi, dissertatio nobis est de civili jure, de quo constat, si concedatur id, quod jam probatum actionem esse personalem, eam consequenter perdurare debere, prout natura actionum personalium postulat, usq; ad 30. annos *l. 3. l. 4. C. de prescr. 30. annor.* nec quod de restitutione pretii & valoris mutatione, aut fraudis suspicione dicitur quicquam movet, De priore constat *ex them. 24.* De secundo uti & tertio edocebit firma & haud fallax probatio. Etsi enim mutetur pretium, non tamen propterea negatur probationum copia, contrarium doceri, & certam æstimationem ostendi posse. Sic etiam fraudis suspicio per hanc probationis normam facilè tollitur, ni eam clarè de læsione prætensa edoceat, sua in possessione minimè turbabitur emptor.

Ad Lectorem, & Respondentes.

HÆc ego Salanum cupiens decorare Licæum,
Temporis exigui calamo properante notabam,
Esset ut ad pugnæ quo se simulachra forensis
Tractarent juvenes, quorum mens ardua spirans
Quærit iter sacræ mecum se credere rupi.
Hos ego vos inter primas habuisse Phalanges
O JUVENES gratabor ovans, hoc pignus amoris
Vester habebit honos, nec enim sine carmine tantos
Deserat inceptus, virtutem agnoscere suetus.
Provocet hic alios ardor, mea cura subibit.
Inq; vicem, ipsorum sic tandem munere honore
Nostra THEMIS prisco, quæ nunc jacet orba, nitescet.

D. Arumæus.

INDEX

INDEX QUÆSTIONUM.

A.

Do-

Feu-

Mu-

Præ-

Q.

In